

# SCHRIFTELIJK EN GETUIGENBEWIJS

*“WANNEER NIETS IS WAT HET LIJKT”*

*Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring*

**Prof. dr. Ilse Samoy**  
**Hoofddocent Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven, UHasselt**

**Drs. Wannes Vandenbussche**  
**Aspirant FWO-Vlaanderen Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven**

## INLEIDING

Nadat Alice in het verhaal van *Lewis Carroll* in de achtervolging op een wit konijn in een diep gat in de grond gevallen is, komt ze via een sprekende deur in een wonderlijke wereld terecht. Die wereld heeft maar één iets gemeen: niets is er wat het lijkt. Dat laatste vormt ook het uitgangspunt van deze driedelige studie van het bewijsrecht.

In een eerste deel wordt het schriftelijk bewijs onder de loep genomen, dat traditioneel gekenmerkt wordt door een strakke reglementering in het burgerlijk wetboek. Doorheen de talrijke voorbeelden uit de rechtspraak zal echter blijken dat die regeling in werkelijkheid niet steeds met even grote gestrengheid wordt toegepast. Het tweede deel bestaat uit een onderzoek naar de bewijsovereenkomsten, waarbij de partijen zelf aan zet zijn en via onderlinge overeenstemming van het klassieke bewijsrecht kunnen afwijken. In een derde deel wordt dieper ingegaan op de wet van 16 juli 2012, die ervoor gezorgd heeft dat getuigenissen niet langer verplicht mondeling in de rechtbank zijn, maar dat partijen ook de mogelijkheid hebben om een schriftelijke getuigenverklaring voor de rechter in te dienen.

## HOOFDSTUK 1. HET SCHRIFTELIJK BEWIJS<sup>1</sup>

Afdeling 1. Overzicht van de geschriften

### § 1. De akten

#### A. Algemeen

---

<sup>1</sup> Voor de basistekst van hoofdstuk 1 werd gebruik gemaakt van hoofdstuk 5 Het bewijs van de verbintenis uit S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 186 p., dat zoals vermeld in vn. 1 een vierhandig opus was, geschreven door Sophie Stijns en Ilse Samoy. Die basistekst werd aangevuld met recente rechtspraak.

1. *Situering* - Akten zijn geschriften die worden opgemaakt om tot bewijs te dienen van een rechtshandeling. Ze worden ondertekend door de partijen en/of door een openbaar ambtenaar (een notaris, een rechter, een gerechtsdeurwaarder...). De twee belangrijkste akten zijn de authentieke (art. 1317-1321 BW) en de onderhandse akte (art. 1322-1332 BW).

2. *De ondertekening* - De vereiste van een handtekening vervult twee functies: *identificatie* en *confirmatie*. Identificatie houdt in dat de handtekening moet toelaten om de auteur van de akte te identificeren. Een paraaf of initialen volstaan bijgevolg niet. Confirmatie houdt in dat de handtekening het akkoord van de auteur met de inhoud van de akte tot uiting moet brengen. Daarom wordt de handtekening best aangebracht op het einde van de akte.

De handtekening moet in de regel rechtstreeks op het stuk zelf worden aangebracht. Een stempel of een carbon-doordruk volstaan bijvoorbeeld niet. Wanneer een vormvereiste wordt opgelegd, niet voor het bewijs maar voor de geldigheid van een overeenkomst, kan een carbon-doordruk wel volstaan. Een arrest van het Hof van Cassatie van 27 september 2001 biedt een illustratie. Art. 27 Loonbeschermingswet bepaalt dat de overdracht van loon op straffe van nietigheid moet worden opgemaakt in zoveel exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang. Die wetsbepaling betreft niet de bewijsregeling, maar beoogt de bescherming van de overdrager. Ook de overdrager moet een exemplaar van de akte krijgen om, als belanghebbende partij die zich verbonden heeft, de draagwijdte van zijn verbintenis te kunnen nagaan. Alhoewel de handtekening op een onderhandse akte in de regel rechtstreeks op het stuk zelf moet worden aangebracht, is een kopie van de akte van overdracht waarop de handtekening van de overdrager met carbonpapier is aangebracht, een exemplaar in de zin van art. 27 Loonbeschermingswet.<sup>2</sup>

3. *Parafering van iedere clause* - Overeenkomstig art. 1322 BW heeft een onderhandse akte die erkend is door degenen tegen wie men zich daarop beroept, of die wettelijk voor erkend wordt gehouden, tussen de ondertekenaars van de akte en tussen hun erfgenamen en rechtverkrijgenden dezelfde bewijswaarde als een authentieke akte. In een arrest van 13 mei 2005 oordeelde het Hof van Cassatie dat aan deze bewijswaarde geen afbreuk wordt gedaan door de enkele omstandigheid dat een clause niet geparafeerd wordt en andere wel.

Een verkoper en een koper sluiten een overeenkomst tot overdracht van aandelen voor een bepaalde prijs. De overeenkomst is deels voorgetypt, deels verder in- en aangevuld bij het ondertekenen ervan. De overeenkomst bevat een clause die bepaalt dat de verkoper erkent de verkoopsom van de koper te hebben ontvangen bij de ondertekening van de overeenkomst waarvoor de verkoper de koper kwijting verleent. De overeenkomst is onderaan getekend voor kennisneming en akkoord door beide partijen. Verder zijn alle paragrafen, waar handgeschreven of specifieke bepalingen aan toegevoegd zijn door beide partijen gekanttekend met een paraaf. Er is echter geen kanttekening en paraaf aangebracht bij de paragraaf die de kwijting vermeldt. Er ontstaat dan ook discussie of de verkoopsom daadwerkelijk betaald is door de koper. Wat niet betwist wordt, is dat hij die beweert betaald

---

<sup>2</sup> Cass. 27 september 2001, *Arr.Cass.* 20011, 555, *Pas.* 2001, 1498, *AJT* 2001-02, 687, noot, *DCCR* 2003, 48 en *DAOR* 2001, 353, noot G. BALLON.

te hebben, zijn betaling moet bewijzen. Het is dus aan de koper om te bewijzen dat hij betaald heeft. De koper beroept zich op de kwijting in de overeenkomst.

De feitenrechters oordelen evenwel dat de betaling niet bewezen wordt. Het ontbreken van een paraaf naast de paragraaf die de kwijting inhoudt, zorgt ervoor dat niet ondubbelzinnig vaststaat dat de betaling effectief is gebeurd. Het was wellicht de bedoeling van de partijen om de overnameprijs te regelen bij de ondertekening van de overeenkomst, maar uit de afwezigheid van parafering van deze clause kan afgeleid worden dat geen betaling is gebeurd. Hiertegen werpt de koper verschillende grieven op en hij krijgt gehoor.

Het Hof van Cassatie overweegt dat uit de art. 1318 en 1322 BW volgt dat de onderhandse akte die ondertekend is door diegenen tegen wie men zich daarop beroept, tussen de ondertekenaars van de akte en tussen hun erfgenamen en rechtverkrijgenden dezelfde bewijskracht heeft als een authentieke akte. De enkele omstandigheid dat een clause niet geparafeerd werd en andere wel, doet geen afbreuk aan de wettelijke bewijswaarde van die niet geparafeerde clause waarvan vaststaat dat zij deel uitmaakt van de tussen partijen ondertekende overeenkomst.<sup>3</sup> Annotator VAN BAEVEGHEM merkt in een noot bij dit arrest op dat de paraaf dus op het eerste zicht slechts een bijrolletje speelt in het theater van het bewijsrecht... Hij tracht verder aan te tonen dat dit niet altijd het geval is.<sup>4</sup>

**4. De elektronische handtekening** - Lange tijd was de handtekening ingevolge cassatierechtspraak beperkt tot de eigenhandig, voluit geschreven naam, rechtstreeks op het papier aangebracht. Door de opkomst van moderne technieken, werd ervoor gepleit om nieuwe vormen van identificatie en confirmatie te aanvaarden. Zo dacht men bijvoorbeeld aan het bewust plaatsen van een vingerafdruk of indrukken van een toets of commando op een terminal, elektronische handtekeningen of handtekeningen met een persoonlijke cijfercode (bv. bij gebruik van een telefax).

Sinds een wetswijziging in 2000 erkent art. 1322, lid 2 BW uitdrukkelijk ook het bestaan van de elektronische handtekening. Overeenkomstig deze bepaling *kan* voldoen aan de vereiste van een handtekening, een geheel van elektronische gegevens dat aan een bepaalde persoon kan worden toegerekend en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aan toont. We herkennen de beide functies van identificatie en confirmatie (functionele opvatting van de handtekening). In beginsel zal de rechter in elk concreet geschil oordelen of aan deze voorwaarden is voldaan.

Deze rechterlijke toetsingsbevoegdheid wordt echter in zekere mate aan banden gelegd door een wetswijziging in 2001.<sup>5</sup> Geavanceerde handtekeningen gerealiseerd op basis van een gekwalificeerd certificaat en aangemaakt door een veilig middel worden automatisch – dus

<sup>3</sup> Cass. 13 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 5, 1046, *Pas.* 2005, 1041, *RW* 2007-08 (samenvatting), 857 en *TBBR* 2006, 589, noot B. VAN BAEVEGHEM.

<sup>4</sup> B. VAN BAEVEGHEM, “De paraaf: 'Slip of the pen' of geldige handtekening?” (noot onder Cass. 13 mei 2005), *TBBR* 2006, 593-601.

<sup>5</sup> Wet 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor de elektronische handtekeningen, de elektronisch aangetekende zending en certificatediensten, *BS* 29 september 2001, 33.070.

zonder tussenkomst van de rechter – gelijk gesteld met de klassieke handtekening. Zij verlenen bijgevolg afdoende of wettelijke bewijswaarde aan het aldus ondertekende elektronisch document.

**5.** *De functionele definitie van het geschrift* - Niet alleen de handtekening, maar ook het geschrift kreeg inmiddels een nieuwe *functionele* definitie. De Wet van 11 maart 2003 inzake elektronische handel is immers tegemoetgekomen aan de moeilijkheden die men bij het contracteren langs elektronische weg kan ondervinden om eventuele vormvereisten, opgelegd door andere wettelijke regelingen, na te leven. Overeenkomstig art. 16 § 1 van deze wet, is aan elke vormvereiste voor de totstandkoming van contracten langs elektronische weg voldaan wanneer de functionele kwaliteiten van deze vereiste zijn gevrijwaard (de zogenaamde functionele gelijkwaardigheid). Voor de toepassing hiervan, moet in overweging worden genomen dat aan de vereiste van een geschrift is voldaan ‘door een opeenvolging van verstaanbare tekens die toegankelijk zijn voor een latere raadpleging, welke ook de drager en de transmissiemodaliteiten ervan zijn’. Alhoewel de Wet Elektronische Handel niet rechtstreeks het bewijsrecht viseert, moet aangenomen worden dat deze bepaling ook van toepassing is op het geschrift dat dient als bewijs.

Overeenkomstig art. 17 Wet Elektronische Handel is de regel van art. 16 niet van toepassing op contracten die rechten doen ontstaan of overdragen t.a.v. onroerende zaken. Dit betekent dat bij een verkoop van een onroerend goed nog het klassieke geschrift vereist is. Een arrest van het Hof van beroep van Antwerpen van 24 januari 2011 is opmerkelijk in dit opzicht. Een echtpaar doet een bod op een woning per e-mail en het bod wordt eveneens per e-mail aanvaard door de verkopers. Enkele dagen later trekt het echtpaar het bod terug in omdat het geen lening heeft bekomen. De verkopers roepen in dat de koopovereenkomst door de uitwisseling van e-mails tot stand gekomen is, vorderen de ontbinding van de overeenkomst en een schadevergoeding van 10 % van de overeengekomen prijs. De kopers verwijzen naar art. 17 Wet 11 maart 2003 en beweren dat er per e-mail geen overeenkomst kan ontstaan. De koop bevond zich nog in het stadium van de onderhandelingen. De verkopers verwijzen naar art. 1583 BW om te staven dat er een geldige koopovereenkomst gesloten is. Voor de Rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen (in een vonnis van 9 december 2008) is de hamvraag of het uitwisselen van e-mails een geldige overeenkomst oplevert. De e-mails bevatten geen digitale handtekening, geen identificatiegegevens, enkel de namen van de partijen. Terecht, aldus de Rechtbank, verwijzen de kopers naar art. 17 Wet 11 maart 2003, op grond waarvan e-mails geen recht kunnen doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken. Het Hof van beroep van Antwerpen, in een arrest van 24 januari 2011 bevestigt deze redenering.<sup>6</sup>

De vraag rijst waarom het e-mailbericht niet als begin van bewijs door geschrift is aanvaard. Aanvoeren dat een e-mail (door het uitsluiten van de verkoop van een onroerend goed uit het toepassingsgebied van de soepelere regeling van art. 16) niet in aanmerking komt als begin van bewijs door geschrift, lijkt verregaand. Dat zou betekenen dat de invoering van de Wet

---

<sup>6</sup> Antwerpen 24 januari 2011, A.R. 2009/AR/461, *onuitg.*

Elektronische Handel (die tot doel had een versoepeling van het klassieke contractenrecht door te voeren voor bepaalde elektronische contracten) zou leiden tot een verstrenging van het klassieke contractenrecht voor contracten die uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de Wet Elektronische Handel (zie ook *infra*, nr. 34).

## **B. De authentieke akte**

6. *De authentieke akte* - De authentieke akte is een akte opgesteld in wettelijke vorm, in aanwezigheid van een wettelijk bevoegde openbare ambtenaar, bv. een notariële akte (opgesteld door een notaris), een rechterlijke akte (opgesteld door een rechter) of een deurwaardersexploot (opgesteld door een gerechtsdeurwaarder). Sinds een wetswijziging in 2003 mag een authentieke akte op elke informatiedrager worden geplaatst, mits ze opgemaakt en bewaard wordt onder de bij uitvoeringsbesluit bepaalde voorwaarden (art. 1317, tweede lid BW). Hierdoor geniet ook de elektronische authentieke akte erkenning.

7. *Authentiek karakter van de vaststelling van de griffier* - Ook de vaststelling door de griffier dat een verzoekschrift is neergelegd heeft authentieke bewijswaarde inzonderheid wat het feit zelf van de neerlegging betreft en de datum ervan. Dat werd bevestigd in een cassatiearrest van 10 januari 2008. Een partij tekent hoger beroep aan door indiening van een verzoekschrift ter griffie. Het exemplaar van de beroepsakte draagt een stempel van 9 augustus 2005, een datum die naderhand doorgestreept werd en vervangen door een stempel met de vermelding dat het verzoekschrift tot hoger beroep ter griffie werd neergelegd op 28 juli 2005. Beide stempels werden ondertekend door de hoofdgriffier. De vraag rijst welke datum telt en of het hoger beroep tijdig is ingesteld.

De feitenrechter (in een vonnis van 12 oktober 2006 van de rechtbank van eerste aanleg in hoger beroep gewezen) verklaart het hoger beroep onontvankelijk wegens laattijdigheid. De rechtbank is van oordeel dat niet bewezen wordt dat de beroepsakte tijdig op de griffie werd ingediend. Daartegen wordt cassatieberoep ingesteld. In hun grieven voeren de eisende partijen aan dat wanneer overeenkomstig art. 1056, 2° Ger.W. hoger beroep wordt ingesteld bij verzoekschrift, dat hoger beroep de datum krijgt van de indiening van het verzoekschrift op de griffie. Wanneer de wet bepaalt dat een akte ter griffie moet worden ingediend, dan veronderstelt dat, in principe, de tussenkomst van de griffier die de akte ontvangt. Vermits de termijnen om hoger beroep in te stellen vervaltermijnen zijn, is het uit overwegingen van rechtszekerheid noodzakelijk dat de griffier de datum van indiening van het verzoekschrift tot hoger beroep vaststelt en dat hij hieraan authenticiteit verleent. Luidens het voormalige art. 173, tweede lid, 4° Ger. W.<sup>7</sup> geeft de griffier inderdaad akte van de verschillende formaliteiten waarvan de vervulling moet worden vastgesteld en verleent hij er authenticiteit aan. De vermelding van de datum van de neerlegging van het verzoekschrift heeft authentieke bewijswaarde vermits de datum waarop het verzoekschrift ter griffie werd ingediend een gegeven is waarvan de griffier, binnen de perken van zijn ambt, de juistheid kan of moet nagaan. De stempel van de datum van 28 juli, ondertekend door de hoofdgriffier geniet authentieke bewijswaarde, zolang zij niet het voorwerp uitmaakt van de speciale procedure tot

---

<sup>7</sup> Het huidige art. 168, vierde lid, 4° Ger.W.

betichting van valsheid. De datum van 28 juli wordt niet tegengesproken door de andere stempel, nu de datum van 9 augustus werd doorgestreept en vervangen. Door desalniettemin te beslissen dat de eisers niet bewijzen wanneer het verzoekschrift werd neergelegd, miskent het vonnis de authentieke bewijswaarde van de door de hoofdgriffier op het verzoekschrift aangebracht en ondertekende vermelding dat dit verzoekschrift werd neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Veurne op 28 juli 2005.

Het Hof van Cassatie volgt die redenering in een arrest van 10 januari 2008. De vaststelling door de griffier dat een verzoekschrift is neergelegd heeft authentieke bewijswaarde inzonderheid wat het feit zelf van de neerlegging betreft en de datum ervan. Wanneer de griffier vaststelt dat het verzoekschrift tot hoger beroep ter griffie is neergelegd op een bepaalde datum, dient de rechter aan te nemen dat het verzoekschrift op die datum ter griffie is neergelegd en aan die vastgestelde neerlegging de wettelijke gevolgen toe te kennen, ook indien het verzoekschrift met de post aan de griffie is toegezonden of door een tussenpersoon is neergelegd. De vermelding van de datum van neerlegging in de kennisgeving van het hoger beroep is daarbij niet bepalend. De appelrechters stellen vast dat blijkens de griffiestempel het verzoekschrift m.b.t. hoger beroep is neergelegd op 9 augustus 2005 en dat deze datum naderhand is doorstreept en vervangen door 28 juli. Zij stellen niet vast dat die vervangende vermelding het voorwerp uitmaakt van een procedure tot betichting wegens valsheid. Door, zonder enige betwisting over de doorstreping van de vermelding op het verzoekschrift en de vervanging ervan door de vaststelling van de griffier dat het verzoekschrift op 28 juli is neergelegd, te oordelen dat het verzoekschrift op 9 augustus is neergelegd, miskennen de appelrechters het authentiek karakter van de vaststelling door de griffier van de neerlegging en van de datum ervan.<sup>8</sup>

In die context is het wel ook nog belangrijk om op te merken dat een akte verleden voor een onbevoegde of onbekwame ambtenaar of behept met een gebrek in de vorm, geldt als een onderhandse akte op voorwaarde dat ze door de partijen ondertekend is (art. 1318 BW).

**8.** *Authentieke versus niet-authentieke vermeldingen* - In een authentieke akte wordt een onderscheid gemaakt tussen authentieke en niet-authentieke vermeldingen. Authentieke vermeldingen zijn vermeldingen van gegevens waarvan de openbare ambtenaar, binnen de perken van zijn ambt, de juistheid kan en moet nagaan (bv. de datum, de aanwezigheid van de partijen en getuigen, de identiteit van de partijen, enz.). Niet-authentieke vermeldingen zijn vermeldingen waarvan de openbare ambtenaar de juistheid niet kan verifiëren (bv. de gezondheid van geest van de partijen).

Overeenkomstig art. 1319 BW levert de authentieke akte tussen de contracterende partijen en hun erfgenamen of rechtverkrijgenden een volledig bewijs op van de vermeldingen die de openbare ambtenaar moet en kan vaststellen, tenzij het tegenbewijs ervan wordt geleverd via een procedure van betichting van valsheid in geschrifte. De sterke bewijswaarde van een

---

<sup>8</sup> Cass. 10 januari 2008, *Pas.* 2008, 64 en *RW* 2009-10 (samenvatting), afl. 25, 1051.

authentieke akte wordt regelmatig bevestigd, zo bijvoorbeeld in een arrest van het Hof van Cassatie van 13 maart 2006.

In het kader van het faillissement van een vennootschap worden onroerende goederen verkocht waarop hypothecaire inschrijvingen rusten. De hypothecaire schuldeiser in tweede rang (krachtens een authentieke akte van lening) is van oordeel dat hij benadeeld is door de ontoereikende prijs van de verkoop en vordert een schadevergoeding vanwege de hypothecaire schuldeiser in eerste rang. Het Hof van beroep van Luik, in een arrest van 21 december 2004, verklaart de vordering onontvankelijk bij gebrek aan juridisch belang en veroordeelt de hypothecaire schuldeiser in tweede rang tot een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding. Het oordeel steunt onder meer op het argument dat de procedure tot betwisting van de hypothecaire inschrijving in tweede rang al 9 jaar en 10 maanden hangend is voor de gedingrechter en dat de hypothecaire schuldeiser in tweede rang wetens en willens geen uitspraak nagestreefd heeft over de betwisting van de geldigheid van de titel waarop hij zich beroept. Hij blijft dus in gebreke het bestaan van de titel aan te tonen die hem het rechtsbelang geeft om in rechte op te treden in de hoedanigheid van hypothecaire schuldeiser. De hypothecaire schuldeiser in tweede rang stapt naar het Hof van Cassatie met als grief dat authentieke akten overeenkomstig de art. 1319 en 1320 BW bewijs opleveren, zelfs ten aanzien van derden, zolang het tegendeel niet is bewezen volgens de bij wet voorgeschreven voorwaarden en middelen. Bijgevolg kon het arrest niet zonder miskennen van de bewijswaarde van de authentieke akte, waarop de betwiste hypotheek gegrond is, steunen op de hogervermelde omstandigheden. Het arrest van het hof van beroep verantwoordt zijn beslissing volgens hem dus niet naar recht. Het Hof van Cassatie verklaart het middel gegrond.<sup>9</sup>

Een tweede voorbeeld betreft een huwelijkscontract gesloten via een notaris, met een beding van inbreng van een onroerend goed. Na echtscheiding betwist een echtgenoot de notariële akte waarin het beding van inbreng is opgenomen. Het Hof van beroep van Bergen oordeelt in een arrest van 1 februari 2000 dat tegen de vermeldingen in een authentieke akte die door de notaris zijn vastgesteld, alleen kan worden opgekomen door een procedure van betichting van valsheid in geschrifte. De omstandigheden dat de notaris overleden is, evenals één van de getuigen, vormt geen uitzondering op deze regel. Ook is het niet relevant om te proberen aan te tonen dat men niet gevraagd heeft om een clause van inbreng op te nemen in het huwelijkscontract, noch dat de notaris de clause niet zou voorgelezen hebben, noch ten slotte dat de getuigen niet geassisteerd zouden hebben bij de voorlezing.<sup>10</sup>

In een arrest van 10 september 2002 oordeelde het Hof van Cassatie dat er evenwel geen valsheidsvordering vereist is, wanneer een vermelding wordt tegengesproken door een andere vermelding van dezelfde authentieke akte of door een andere authentieke akte of wanneer de

<sup>9</sup> Cass. 13 maart 2006, *Arr. Cass.* 2006, afl. 3, 599, *Pas.* 2006, 594, *JLMB* 2006, 854 en *JLMB* 2006, 20, 854.

<sup>10</sup> Bergen 1 februari 2000, *EJ* 2000, 138, noot en *Rev.trim.dr.fam.* 2002, 351.

valsheid blijkt uit het onderzoek van de akte zelf zonder dat een onderzoeksmaatregel hoeft te worden getroffen.<sup>11</sup>

### C. De onderhandse akte

**9.** *De onderhandse akte* - De onderhandse akte is een akte die de partijen zelf (laten) opstellen waarvan ze zich de inhoud toe-eigenen door het plaatsen van de handtekening. De vorm is vrij. De handtekening is de enige voorwaarde voor de geldigheid. Tussen de partijen is geen dagtekening nodig. Dit punt stond ter discussie in een zaak die aanleiding gaf tot een cassatiearrest van 15 maart 2002. Een borg wordt aangesproken voor een lening waarvoor de hoofdschuldenaar geen terugbetaling heeft verricht. De borg roept in dat de lening niet geldig is, aangezien het overgelegde exemplaar van de overeenkomst niet gedagtekend is. Het Hof van beroep oordeelt dat de leningsovereenkomst niet is gedagtekend, maar wel de datum van de eerste vervaldag vermeldt en de handtekeningen van de lener en van de borgen bevat. Het ontbreken van de dagtekening maakt de overeenkomst niet ongeldig. Voor het Hof van Cassatie beroept de borg zich op art. 1328 BW (zie *infra*). Omdat de borg zich niet op dit artikel heeft beroepen tijdens de beroepsprocedure en het middel nieuw is, verklaart het Hof de eis niet-ontvankelijk.<sup>12</sup> Hierna zal blijken dat art. 1328 BW enkel moet nageleefd worden voor het bewijs jegens derden.

**10.** *Afschrift van een onderhandse akte* - Een afschrift van een onderhandse akte heeft dezelfde bewijswaarde als het origineel op voorwaarde dat het niet betwist wordt en het origineel niet wordt opgevraagd door de tegenpartij (art. 1334 BW). Elke eensluidende overname van een origineel, ongeacht de wijze van totstandkoming, kan als een afschrift worden beschouwd. Zo bijvoorbeeld doorslagen, fotokopies, microfilms en telefaxen.

**11.** *Erkennen of ontkennen van schrift of handtekening* - Overeenkomstig art. 1323 BW is hij tegen wie men zich op en onderhandse akte beroep, verplicht zijn schrift of zijn handtekening op stellige wijze te erkennen of te ontkennen. Zijn erfgenamen of rechtverkrijgenden kunnen volstaan met te verklaren dat zij het schrift of de handtekening van hun rechtsvoorganger niet kennen. Deze bepaling was aan de orde in een zaak waar een dame eerst een authentiek testament opstelt en vervolgens, twee jaar later, een onderhands testament. Na het overlijden van de dame, betwisten de legatarissen, aangeduid in het authentieke testament, dat het onderhandse testament door de erflater is opgesteld. De vraag rijst wie de bewijslast heeft van de echtheid van het onderhandse testament (degene die het onderhandse testament inroept of degene die de echtheid ervan betwist) en wat de bewijswaarde is van een eigenhandig testament.

Het Hof van Cassatie is van oordeel dat een eigenhandig testament, wat de bewijswaarde betreft, overeenstemt met een onderhandse akte. Met verwijzing naar het geciteerde art. 1323 BW, geeft het Hof aan dat de erfgenamen of rechtverkrijgenden kunnen volstaan met te verklaren dat zij het schrift of de handtekening van hun rechtsvoorganger niet kennen. Die

<sup>11</sup> Cass. 10 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1772 en *Pas.* 2002, 1581.

<sup>12</sup> Cass. 15 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 808 en *Pas.* 2002, 736.



regel geldt ook voor een algemeen of bijzondere legataris aan wie een onderhandse akte wordt tegengeworpen. De bewijslast en het bewijsrisico nopens de echtheid van een eigenhandig testament berusten bij diegenen die hierop een beroep doet. Die bewijslast en dat bewijsrisico rusten ook op een wettige erfgenaam die een beroep doet op een eigenhandig testament waarin een vroeger authentiek testament wordt herroepen, wanneer de rechtverkrijgenden verklaren dat zij de handtekening van hun rechtsvoorganger niet kennen.<sup>13</sup>

Voor onderhandse akten schrijven de art. 1325, 1326 en 1328 BW enkele bijzondere regels voor, waarop in het volgende deel wordt ingegaan.

#### 1. Artikel 1325 BW: wederkerige overeenkomsten

**12.** *Evenveel exemplaren als partijen met onderscheiden belang* - Art. 1325 BW vereist dat een onderhandse akte die een wederkerige overeenkomst bevat, opgesteld wordt in zoveel originelen als er partijen zijn met een onderscheiden belang en dat op elk origineel het aantal originelen wordt vermeld. De handtekening moet dus rechtstreeks op elk origineel worden aangebracht. De sanctie is evenwel slechts de relatieve nietigheid. Een nietige akte kan wel gelden als een begin van bewijs door geschrift (zie *infra*, nrs. 33-38).

Lange tijd bestond er discussie over de vraag of een loonoverdracht een wederkerige overeenkomst is en bijgevolg moet voldoen aan art. 1325 BW. Daarenboven schrijft art. 27 Loonbeschermingswet in gelijkaardige woorden voor dat de akte van overdracht van loon op straffe van nietigheid moet worden opgemaakt in zoveel exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang. De onduidelijkheid werd uitgeklaard in een cassatiearrest van 27 september 2001. Vermits een loonoverdracht geen wederkerige overeenkomst betreft, is art. 1325 BW niet van toepassing. Als schriftelijk bewijs van de aangegane verbintenissen volstaat het dat de overnemer een exemplaar van de akte met de handtekening van de overdrager overlegt. Het voorschrift van art. 27 Loonbeschermingswet betreft niet de bewijsregeling, maar beoogt de bescherming van de overdrager (zie ook *supra*). Ook de overdrager moet een exemplaar van de akte krijgen om, als belanghebbende partij die zich verbonden heeft, de draagwijdte van zijn verbintenis te kunnen nagaan.<sup>14</sup> Dat hoeft evenwel niet noodzakelijk een origineel te zijn. Een carbon-druk kan volstaan.<sup>15</sup>

**13.** *Vereiste van onderscheiden belang* - Of er een onderscheiden belang is, kan een moeilijke vraag zijn. In een zaak die aanleiding gaf tot een arrest van het hof van beroep van Antwerpen, wordt een aandelenpakket verkocht door één verkoper aan drie kopers. Er worden slechts twee originelen opgesteld en daarover ontstaat betwisting. Het hof is van oordeel dat aan de voorwaarden van art. 1325 BW wordt voldaan door de onderhandse akte op te stellen in twee originele exemplaren, één voor de partij wiens belang als verkoper betrokken is en

<sup>13</sup> Cass. 19 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 127, concl. BRESSELEERS, *Pas.* 2001, 130, concl. BRESSELEERS, *AJT* 2001-02, 702, *JT* 2001 (verkort), 613, *RTDF* 2003, 221 en *RW* 2000-01, 1277, concl. BRESSELEERS.

<sup>14</sup> Cass. 27 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1555, *Pas.* 2001, 1498, *AJT* 2001-02, 687, noot, *DCCR* 2003, 48 en *DAOR* 2001, 353, noot G. BALLON.

<sup>15</sup> Zie hieromtrent ook: A. DE BOECK, "Over exemplaren en originelen bij loonoverdracht: eindelijk duidelijkheid", *Rec. Cass.* 1998, 298. 1. Zij merkt op dat deze rechtspraak belangrijk in het kader van toegestane kredieten die aan de Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet onderworpen waren.

één voor alle andere partijen die belang hebben bij de verwerving van de aandelen en dit ongeacht de door hen daartoe aangegane verbintenissen. Het feit dat de kopers geen onderscheiden belang hebben, blijkt voor het hof van beroep eerst en vooral uit de bedongen solidariteit. Daarnaast streven de drie partijen met hun aangegane verbintenissen eenzelfde belang na, met name de realisatie van de verkoop van aandelen, opdat deze in het vermogen van V. zouden terechtkomen om op die manier de situatie van een NV waarin hun groep betrokken was te sturen.<sup>16</sup>

Een andere interessante vraag met betrekking tot het onderscheiden belang, opgeworpen voor het Hof van Cassatie maar niet beantwoord, is de volgende. Stel dat de voorzitter van een vzw een overeenkomst van aanneming, die tevens een persoonlijke borgstelling bevat voor de niet-betaalde facturen, één maal ondertekent in een dubbele hoedanigheid. De voorzitter plaatst zijn handtekening, enerzijds, als vertegenwoordiger van de vzw voor het sluiten van de overeenkomst van aanneming en, anderzijds, in eigen naam voor het aangaan van de verbintenis als borg voor niet-betaalde facturen. Zijn er dan twee partijen met een onderscheiden belang en moet de overeenkomst bijgevolg in twee originelen worden opgesteld of zijn er drie partijen en dus drie originelen nodig? *In casu* werden er twee originelen opgesteld en werd het *instrumentum* (zonder dat het argument van drie partijen werd opgeworpen) in overeenstemming met art. 1325 BW geacht. Voor het Hof van Cassatie werpt de voorzitter voor het eerst het argument op dat er mogelijks drie originelen dienden te zijn om een geldig *instrumentum* te creëren in het licht van art. 1325 BW. Omdat de vraag voor het eerst voor het Hof van Cassatie werd opgeworpen, bleef ze onbeantwoord.<sup>17</sup>

Een gelijkaardige vraag rees met betrekking tot een akte tot overdracht van loon die overeenkomstig art. 27 Loonbeschermingswet moet worden opgesteld in zoveel exemplaren als er partijen zijn *met een onderscheiden belang*. De akte wordt ondertekend door de schuldeiser, de werknemer die recht heeft op het loon én zijn echtgenote. De Vrederechter aan wie een vordering tot bekrachtiging en geldigverklaring van de loonoverdracht wordt voorgelegd vraagt zich af of er geen drie exemplaren hadden moeten worden opgesteld. Niets laat immers toe te besluiten dat de werknemer en zijn echtgenote niet onderscheiden belangen zouden hebben. Dit verweer was evenwel niet door de partijen in hun conclusie aangevoerd. De Vrederechter werpt bijgevolg een betwisting op die door de partijen in hun conclusie was uitgesloten en waarover zij geen tegenspraak hebben kunnen voeren.<sup>18</sup>

**14. Uitzondering: briefwisseling** – De regel van art. 1325 BW lijdt een aantal uitzonderingen. Zo is de regel niet van toepassing op een wederkerige overeenkomst die gesloten is via briefwisseling. In een brief kan een (bindend) aanbod worden geuit door de afzender jegens de ontvanger. De ontvanger kan daarop per brief een aanvaarding uiten. Beide brieven samen kunnen aanleiding geven tot een totstandkoming van een overeenkomst. Op bewijsrechtelijk vlak en op voorwaarde dat de brieven een handtekening bevatten, wordt

<sup>16</sup> Antwerpen (5<sup>e</sup> k.) 19 februari 2001, *AJT* 2000-01, 910.

<sup>17</sup> Cass. 27 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1670, *Pas.* 2000, 1635 en *RW* 2001-02 (verkort), 24, noot.

<sup>18</sup> Cass. 27 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1555, *Pas.* 2001, 1498, *AJT* 2001-02, 687, noot, *DCCR* 2003, 48 en *DAOR* 2001, 353, noot G. BALLON.

briefwisseling gelijkgesteld met een onderhandse akte.<sup>19</sup> Ondanks deze gelijkstelling, wordt niet vereist dat er evenveel exemplaren worden opgesteld als er partijen zijn met een onderscheiden belang. Dit vereiste zou immers ingaan tegen de aard van briefwisseling.<sup>20</sup> Een voorbeeld betreft een dading afgesloten via briefwisseling. Een klant valt in een bankinstelling door een pas gepoetste vloer. Er zijn medische kosten waarvoor de bank gedagvaard wordt. De bank dagvaardt daarop het poetsbedrijf in gedwongen tussenkomst en vrijwaring. Nadat de zaak op de inleidingszitting enkele maanden wordt uitgesteld, doet het slachtoffer een aanbod van dading met een brief van zijn advocaat, geldig gedurende een termijn van 15 dagen. Het poetsbedrijf aanvaardt binnen de termijn het aanbod van dading per brief. Wanneer het slachtoffer vervolgens de bank verder blijft aanspreken, beroept de bank zich op de exceptie van dading. Er ontstaat een betwisting over het bestaan en het bewijs van de dading. Het Hof van beroep van Luik is van oordeel dat de dading een consensueel contract is. De totstandkoming gebeurt dus door het eenvoudig samenkomen van aanbod en aanvaarding. Op het niveau van het bewijs, bestaan er uitzonderingen op het vormvereiste van twee originelen, opgelegd door art. 1325 BW. Dit is met name het geval wanneer een dading via briefwisseling wordt gesloten. Het Hof aanvaardt bijgevolg dat er een dading is en dat de exceptie van dading terecht wordt opgeworpen door de bank. De vordering tot schadevergoeding ten gevolge van de val is uitgedoofd door de dading.<sup>21</sup>

**15. Uitzondering: uniek exemplaar in bewaring bij een derde** – Men kan eveneens ontsnappen aan het vormvereiste van het meervoudig origineel, door een uniek exemplaar van de wederkerige overeenkomst in bewaring te geven bij een derde.<sup>22</sup> Een voorbeeld betreft de verkoop van een garage-atelier, onder de opschortende voorwaarde van het niet-terugbetalen van een lening. Eén van de partijen werpt op dat in strijd met art. 1325 BW van de onderhandse akte slechts één exemplaar is opgesteld. Het Hof van beroep van Luik leidt echter uit de briefwisseling af dat alle partijen ermee hebben ingestemd om de oorkonde van de overeenkomst bij een notaris in bewaring te geven. In die briefwisseling worden ook de redenen voor dat unieke exemplaar uitgelegd. Het werd in bewaring gegeven bij de notaris die het moest verscheuren indien een schuld terug zou worden betaald.<sup>23</sup>

**16. Conventionele afwijking van vereiste van effectieve overhandiging** – Art. 1325 BW is niet van openbare orde of van dwingend recht. De partijen kunnen er conventioneel, uitdrukkelijk of stilzwijgend, van afwijken (zie ook *infra*). Zo kunnen zij bijvoorbeeld afwijken van het vormvereiste van de effectieve overhandiging (d.i. het vereiste dat er daadwerkelijk een origineel moet overhandigd worden aan iedere partij met een onderscheiden belang). In dat laatste geval behoudt de akte zijn volledige bewijswaarde. Dat wordt bevestigd in een cassatiearrest van 26 april 2001. Een koopovereenkomst wordt in twee identieke originelen opgemaakt waarin iedere keer is vermeld hoeveel originelen er zijn opgemaakt. De koper ontvangt evenwel geen exemplaar. De overeenkomst vermeldt immers

<sup>19</sup> D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 269 en 272, nrs. 177 en 179.

<sup>20</sup> Ibid., 235, nr. 133.

<sup>21</sup> Luik 15 maart 2000, *TBBR* 2001 (verkort), 176.

<sup>22</sup> D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 234-235, nr. 132.

<sup>23</sup> Luik 30 april 2001, *TBBR* 2002, 407.

dat de overhandiging van een exemplaar aan de partij die het bedrag van de transactie verschuldigd is, als kwijting van de betaling van dat bedrag geldt. Wanneer het tot een geschil komt, voert de koper aan dat art. 1325 BW is geschonden, omdat zij geen exemplaar van de overeenkomst in haar bezit heeft gekregen. Het Hof van Cassatie volgt deze stelling niet, met verwijzing naar de hierboven herhaalde principes. De akte bepaalt dat de overhandiging van een exemplaar aan de partij die het bedrag van de transactie verschuldigd is, als kwijting van de betaling van dat bedrag geldt. Daarom is het volstrekt logisch dat de verkoper in het bezit is gebleven van de twee exemplaren van de overeenkomst. Het arrest stelt dus vast dat de partijen overeengekomen waren dat de exemplaren van de akte in het bezit van de verkoper bleven, zolang hij de betaling van de verkoopprijs niet had ontvangen.<sup>24</sup>

## 2. Artikel 1326 BW: eenzijdige schuldbekentenissen

**17.** *Handgeschreven of tenminste ‘goed voor’ of ‘goedgekeurd voor’ en som of hoeveelheid in letters* - Art. 1326 BW bepaalt dat een onderhandse belofte waarbij een enkele partij zich tegenover de andere verbindt om haar een geldsom of een in geld waardeerbare zaak te betalen, geheel geschreven moet zijn met de hand van de ondertekenaar. Ten minste moet deze, benevens zijn handtekening, met de hand een ‘goed voor’ of een ‘goedgekeurd voor’ geschreven hebben, waarbij de som of de hoeveelheid van de zaak voluit in letters is uitgedrukt. Art. 1326 BW is dus van toepassing op eenzijdige overeenkomsten, bv. een borgstelling. Art. 1326 BW is bv. niet toepassing op een loonoverdracht. Hierbij verbindt de overdrager zich ten aanzien van de overnemer zijn loon over te dragen tot waarborg van een schuld. Die verbintenis beantwoordt niet aan deze bedoeld door art. 1326 BW.<sup>25</sup> Voor een loonoverdracht volstaat een ondertekende akte van loonoverdracht in de zin van art. 1322 BW.<sup>26</sup>

Een ongeldig onderhands biljet kan steeds nog een begin van bewijs door geschrift uitmaken (zie *infra*, nr. 33-38).<sup>27</sup> Dankzij de invoering van de functionele definities van de handtekening en het geschrift (zie *supra*, nr. 4-5), vormt de regel van art. 1326 BW in principe geen hinderpaal meer om een overeenkomst te sluiten langs elektronische weg.

**18.** *Handelaars* - Deze bepaling is uitdrukkelijk niet van toepassing op handelaars (art. 1326, laatste lid BW). In een arrest van 27 februari 2003 kreeg het Hof van Cassatie de gelegenheid om te bevestigen dat deze uitzondering overeind blijft wanneer een schuldbekentenis door twee partijen ondertekend is, waarvan één handelaar en de andere geen handelaar. Deze schuldbekentenis maakt een volwaardig schriftelijk bewijs uit van de aangegane verbintenis tegenover de ondertekenaar die koopman is. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan doordat de schuldbekentenis eveneens uitgaat van een ondertekenaar die geen

<sup>24</sup> Cass. 26 april 2001, *Arr.Cass.* 2001, 733, concl. A. HENKES, *Pas.* 2001, 702, concl. A. HENKES en *TBBR* 2006, 346, noot A. DE BOECK.

<sup>25</sup> Cass. 9 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1830, *Pas.* 2003, 1564, *DAOR* 2004, afl. 67, 82, *Jaarboek Kredietrecht* 2003, 70, *RABG* 2004, 732, noot I. DE SCHRYVER, *RW* 2005-06 (verkort), 197 en *T.Vred.* 2006, 6 (vonnis *a quo*: *Vred. Gent* 10 november 1999).

<sup>26</sup> I. DE SCHRYVER, “De toepasselijke bewijsregel op de akte van loonoverdracht” (noot onder Cass. 9 oktober 2003), *RABG* 2004, 735-738.

<sup>27</sup> Cf. de grieven in Cass. 27 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 503, *Pas.* 2003, 417 en *RW* 2004-05 (verkort), 975.

koopman is. Het arrest dat oordeelt dat ook een schuldbekentenis van een koopman niet beantwoordt aan de vereisten van art. 1326 BW, wanneer deze vormvereisten moeten worden nageleefd omdat een van de ondertekenaars geen handelaar was, schendt art. 1326 BW.<sup>28</sup>

**19.** *Niet voor onbepaalde waarde* - De regel uit art. 1326 BW geldt niet wanneer het voorwerp van de betalingsverbintenis een onbepaalde waarde heeft.<sup>29</sup> Dit principe wordt nogmaals bevestigd in een arrest van het Hof van beroep van Gent van 29 juni 2001. Iemand ondertekent een geschrift waarbij hij zich “onherroepelijk en onvoorwaardelijk verbindt om na de realisatie van de activa persoonlijk het eventueel resterend passief van een PVBA in vereffening te betalen.” Wanneer de betaling van hem gevorderd wordt, roept hij een schending in van art. 1326 BW, aangezien hij zelf niet de woorden ‘gelezen en goedgekeurd’ en ‘12 juni 1987’ geschreven heeft. Het hof van beroep van Gent oordeelt echter dat de regel uit art. 1326 BW niet van toepassing is indien het bedrag of de hoeveelheid niet bekend is op het ogenblik van de verbintenis en niet door een cijfer kan worden uitgedrukt. Het bedrag van de verbintenis is dit van het eventueel resterend passief na de realisatie van de activa, zodat dit op het ogenblik van de verbintenis nog niet bekend was.<sup>30</sup>

**20.** *Naleving van art. 1326 BW niet vereist wanneer aan voorwaarden van art. 1325 BW voldaan is* - Art. 1326 BW moet evenmin worden nageleefd wanneer de eenzijdige overeenkomst is neergelegd in een wederkerige overeenkomst die onderworpen is aan art. 1325 BW. Dit wordt bevestigd in dezelfde zaak die hoger al aan bod kwam over de voorzitter van een vzw die een overeenkomst van aanneming tekent die tevens een persoonlijke borgstelling bevat voor de niet-betaalde facturen. Het voorschrift van art. 1326 BW (met de hand geschreven ‘goed voor’ of ‘goedgekeurd voor’) is niet nageleefd. De *ratio legis* van dit voorschrift is vermijden dat in eenzijdige overeenkomsten, de schuldeiser die de akte bezit misbruik zou maken van een blanco-ondertekening of op bedrieglijke wijze de cijfers zou wijzigen. Het Hof van Cassatie overweegt dat de borgtocht een eenzijdige overeenkomst is. In burgerlijke zaken is het bewijs van zo’n overeenkomst in principe onderworpen aan het voorschrift van art. 1326 BW. Gelet op de bestaansreden van deze bepaling, moet art. 1326 BW evenwel niet worden nageleefd wanneer de eenzijdige verbintenis is neergelegd in een wederkerige overeenkomst die onderworpen is aan het bepaalde van art. 1325 BW.<sup>31</sup> Er dient wel opgemerkt te worden dat het sinds de inwerkingtreding van artikel 2043quinquies BW op 1 december 2007 niet meer mogelijk is om één *instrumentum* op te stellen voor zowel een wederkerige hoofdovereenkomst als een kosteloze borgtocht.

### 3. Artikel 1328 BW: vaste datum

<sup>28</sup> Cass. 27 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 503, *Pas.* 2003, 417 en *RW* 2004-05 (verkort), 975.

<sup>29</sup> Rb. Brugge 5 juni 1996, *TWVR* 2001, 108-109.

<sup>30</sup> Gent 29 juni 2001, *TWVR* 2001, afl. 3, 105, noot F. MOEYKENS.

<sup>31</sup> Cass. 27 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1670, *Pas.* 2000, 1635 en *RW* 2001-02 (verkort), 24, noot. Dat arrest werd enerzijds bevestigd door Antwerpen (6e bis k.) 29 april 2003, *TBBR* 2004, 526 en Brussel (9e k.) 26 juni 2003, *Rev.not.b.* 2005, 185, noot P. RENSON, maar anderzijds ook genuanceerd Brussel (16e k.) 1 december 2004, *JLMB* 2007, 1727, noot P. RENSON.

**21.** *Vaste datum* - Art. 1328 BW bevat een bijzondere regel voor het bewijs van de datum van een onderhandse akte. Deze regel beschermt derden tegen anti- of postdatering van een akte door de partijen. De datum geldt alleen als bewezen tegenover derden, wanneer deze datum ‘vast’ is, d.w.z. wanneer deze is komen vast te staan op grond van een van de in art. 1328 BW limitatief opgesomde gevallen. Het betreft het overlijden van de ondertekenaar (waaruit kan worden afgeleid dat de akte noodzakelijkerwijze dateert van vóór het overlijden), de registratie van de onderhandse akte bij de ontvanger van registratierechten of de herhaling van de hoofdinhoud in een authentieke akte (waaruit kan worden afgeleid dat de onderhandse akte bestond op datum van de authentieke akte).

**22.** *Toepassingsgebied: art. 1328 BW niet van tel bij bewijs goede trouw van verkrijger na dubbele verkoop van een onroerend goed* – Stel dat een onroerend goed twee maal wordt verkocht. In het licht van art. 1 Hypotheekwet heeft hij die als eerste zijn aankoopakte heeft overgeschreven in de registers van de hypotheekbewaarder voorrang op elke andere verkrijger (ook al is die andere de eerste verkrijger in datum). De overgeschreven aankoopakte is immers als enige tegenwerpelijk aan derden. Deze regel lijdt uitzondering wanneer de tweede verkrijger te kwader trouw is, d.i. wanneer hij bij het sluiten van zijn koopovereenkomst weet had van de eerdere verkoop. De vraag rijst of de tweede onderhandse aankoopakte een vaste datum moet hebben conform art. 1328 BW opdat de datum tegenwerpelijk is aan de eerste verkrijger. Over deze problematiek zijn verschillende cassatiearresten gevelde in de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw. De rechtsleer verdedigde het standpunt dat art. 1328 BW niet nageleefd moet worden. Het probleem ligt immers niet in het vaststellen van de datum van het koopcompromis (er wordt niet betwist dat deze van latere datum is) maar in het vaststellen van de goede trouw van de tweede verkrijger. Deze goede trouw wordt vermoed. De tweede verkrijger moet dus niet bewijzen, door een akte met vaste datum, dat zijn aankoop is gebeurd op een moment dat hij geen kennis had van de eerste aankoop.<sup>32</sup> Het is aan de eerste verkrijger om het tegenbewijs te leveren met alle middelen van recht. Het Hof van beroep van Luik past deze redenering toe in een arrest van 27 februari 2002, zij het dat de bewijslastverdeling niet helemaal correct wordt weergegeven. Om zijn goede trouw te bewijzen, aldus het hof, moet de tweede verkrijger aantonen op welk ogenblik hij het contract met de verkoper heeft afgesloten. Daarvoor is het niet noodzakelijk dat het document dat de verkoop vaststelt en de verkoper bindt ten overstaan van de tweede verkrijger een vaste datum heeft, zelfs wanneer het geschil betrekking heeft op en in het belang is van een eerste verkrijger. De afwezigheid van een vaste datum heeft immers geen invloed op de werking van de goede trouw, aangezien het gaat over de toepassing van art. 1 van de hypotheekwet en we dus de toepassing van art. 1328 BW moeten uitsluiten wanneer één van de twee akten is overgeschreven.<sup>33</sup>

## §2. De andere geschriften

<sup>32</sup> Zie de weergave bij D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 262, nr. 166, e).

<sup>33</sup> Luik 27 februari 2002, *JLMB* 2002, 1583.

**23.** *Andere geschriften* - Naast de akten, bestaan er nog talrijke andere geschriften die niet zijn opgesteld met de bedoeling om als bewijs te dienen. Deze andere geschriften kunnen eenzijdig opgesteld zijn, al dan niet ondertekend, enz. Voorbeelden zijn de koopmansboeken (boekhouding), huiselijke registers en papieren (art. 1331 BW), briefwisseling, facturen, plannen, ingevulde formulieren enz. Die andere geschriften komen in principe niet in aanmerking om te voldoen aan het vereiste van art. 1341 BW (zie *infra*). Zo kan een lening na overlijden van de ontlener niet bewezen worden door de uitlener door de vermelding van het bestaan van de lening in de boedelbeschrijving, opgemaakt door een notaris bij het overlijden van de ontlener. De boedelbeschrijving bewijst slechts dat de uitlener zich bij de boedelbeschrijving als schuldeiser kenbaar heeft gemaakt en dat hem akte werd verleend van zijn verklaringen. Hierdoor is geenszins het werkelijk bestaan van het verklaarde erkend.<sup>34</sup>

**24.** *Huishoudelijke registers en papieren* - Wat huiselijke registers en papieren betreft, bepaalt art. 1331 BW dat zij geen bewijs opleveren *ten voordele van* degene die ze geschreven heeft. *Tegen* hem leveren zij bewijs op in alle gevallen waarin zij uitdrukkelijk melding maken van een ontvangen betaling en wanneer zij uitdrukkelijk vermelden dat de aantekening gemaakt is om te voorzien in het ontbreken van een titel ten behoeve van degene in wiens voordeel zij een verbintenis vaststellen.

Een voorbeeld uit de rechtspraak betreft een koopovereenkomst tussen twee handelaars m.b.t. beenhouwersmateriaal volgens een gedetailleerde lijst voor een bedrag van BEF 1 200 000. De prijs is betaalbaar in drie schijven. Op dezelfde datum wordt de volledige koopprijs gefactureerd met verwijzing naar de betalingsmodaliteiten overeengekomen in de koopovereenkomst. Een maand later stelt de advocaat van de verkoper de koper in gebreke om de prijs te storten op zijn bankrekening. De koper beweert niets meer verschuldigd te zijn. In hoger beroep legt de koper een nieuw stuk voor, namelijk een afrekening, eigenhandig geschreven door de verkoper, waarbij drie afkortingen van 100 000 in mindering worden gebracht van de koopprijs. De verkoper parafeert het debetsaldo van 700 000. Onder een streep volgt de eindvermelding ‘contant volledig betaald’. De koper beroept zich hierop om te bewijzen dat zijn schuld volledig betaald is.

Het hof van beroep is van oordeel dat het nieuwe stuk bewijswaarde heeft overeenkomstig artikel 1331 BW. Het betreft een huiselijk papier dat uitdrukkelijk melding maakt van een ontvangen betaling. Aangezien de verkoper nog handelaar was op het ogenblik van de verkoop, bestaat er geen bezwaar tegen de toepassing van het bewijsmiddel in handelszaken overeenkomstig de aanvang van art. 25 W.Kh.<sup>35</sup> De verkoper laat na te zeggen waarom het stuk dubieus zou zijn en geen bewijswaarde zou hebben. De verkoper zegt niet dat hij zich zou hebben vergist bij het afrekenen in deze zaak. Men ziet niet goed in waarom een schuldeiser in een persoonlijke afrekening melding maakt van afkortingen betaald door zijn

<sup>34</sup> Antwerpen 28 februari 2000, A.J.T. 2000-01, 833, noot B. WILMS.

<sup>35</sup> Indien de verkoper geen handelaar zou zijn geweest, zou het huishoudelijk register volgens SAMYN enkel kunnen dienen als een vermoeden of een begin van bewijs door geschrift (zie B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 331, nr. 390). Aan de andere kant kunnen we ons wel de vraag stellen waarom er dan een apart artikel aan gewijd is in het burgerlijk wetboek onder §2 over de onderhandse akte.

schuldenaar en zelfs van een volledige afbetaling indien deze niet daadwerkelijk werden uitgevoerd. De afrekening is naar de inhoud duidelijk en niet ernstig vatbaar voor een andere interpretatie. Zij verwijst uitdrukkelijk naar de drie vervaldata zoals omschreven in de overeenkomst. De kopers tonen aan dat zij hun schuld hebben betaald. Het Hof verklaart de hoofdvordering bijgevolg ongegrond.<sup>36</sup>

## Afdeling 2. Art. 1341 BW: de voorrang van het geschrift

### §1. De dubbele regel van art. 1341 BW

**25.** *De dubbele regel van art. 1341 BW* - Art. 1341 BW bepaalt: “Een akte voor een notaris of een onderhandse akte moet worden opgemaakt van alle zaken die de som of de waarde van 375 € te boven gaan, zelfs betreffende de vrijwillige bewaargevingen; het bewijs door getuigen wordt niet toegelaten tegen en boven de inhoud van de akten, en evenmin omtrent hetgeen men zou beweren voor, tijdens of sinds het opmaken te zijn gezegd, al betreft het ook een som of een waarde van minder dan 375 €.”

Art. 1341 BW stelt een dubbele regel voorop:

- 1° voor het bewijs van een rechtshandeling waarvan de waarde meer is dan 375 €, is een akte vereist; getuigen en vermoedens zijn niet toegelaten (regel m.b.t. de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen)<sup>37</sup>;
- 2° het tegenbewijs tegen of boven akten kan enkel met een andere akte geleverd worden, nooit met getuigen en vermoedens, ook al betreft het een akte voor een rechtshandeling van minder dan 375 € (regel m.b.t. de toelaatbaarheid van het tegenbewijs).

Deze bepaling geeft duidelijk uiting aan de voorkeur van de wetgever voor het geschrift en aan het wantrouwen van het getuigenbewijs. Vermits het bewijs door vermoedens slechts toegelaten is wanneer het bewijs door getuigen toelaatbaar is (art. 1353 BW), wordt ook het bewijs door vermoedens uitgesloten in art. 1341 BW

### §2. De draagwijdte en het toepassingsgebied van art. 1341 BW

**26.** *Enkel in burgerlijk vermogensrecht* - Men moet niettemin rekening houden met de welomschreven draagwijdte van art. 1341 BW. In het algemeen geldt art. 1341 BW enkel voor het *burgerlijk vermogensrecht*. In het handelsrecht (art. 25 W. Kh.) en het strafrecht geldt een vrijer bewijsrecht. Een voorbeeld inzake het vrijer bewijs in het strafrecht biedt een teruggefloten vonnis van 22 september 2000 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van eerste aanleg te Bergen. Na een verkeersongeval hebben de twee betrokken partijen in der

<sup>36</sup> Brussel 14 september 2000, *AJT* 2001-02, 628.

<sup>37</sup> Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, afl. 12, 2670, *Pas.* 2002, afl. 12, 2349, *RABG* 2004, afl. 12, 717, noot I. GEERS en *RW* 2004-05 (verkort), afl. 27, 1056, noot.



minne een ongevalsangifte opgemaakt. De Rechtbank van eerste aanleg te Bergen oordeelt dat elk van de partijen, door haar handtekening daarop aan te brengen, zich akkoord heeft verklaard met de vermeldingen ervan en dat het tegenbewijs door getuigen bijgevolg niet toelaatbaar is. De rechtbank wordt weliswaar teruggefloten door het Hof van Cassatie omdat, wanneer een vordering in rechte voor de burgerlijke rechter gegrond is op een overtreding van de strafwet, de regels inzake het bewijs in strafzaken van toepassing zijn. Het bewijs kan in die zaken met andere woorden met alle middelen van recht geleverd worden.<sup>38</sup>

### A. Van toepassing op rechtshandelingen

**27.** *Enkel voor rechtshandelingen* - In het bijzonder geldt de dubbele regel van art. 1341 BW allereerst enkel voor het bewijs van *rechtshandelingen*. Materiële feiten mogen met getuigen en vermoeden worden bewezen, bv. de bebouwbaarheid van een perceel grond.<sup>39</sup> Een pachter bv. die een opzegging betekent, stelt een rechtshandeling. Deze rechtshandeling moet door diegene die zich erop beroept, met een geschrift worden bewezen.<sup>40</sup> Zo ook moet het bewijs van de vestiging van een vruchtgebruik ten laste van de begiftigde en ten bate van diegene die de fondsen zou hebben gegeven voor de aankoop van het gebouw, voortvloeien uit een geschrift. Dit geschrift kan niet worden vervangen door een eenzijdige verklaring vanwege diegene die in een boedelbeschrijving aanvoert dat vruchtgebruik te genieten. Het gaat immers om een wederkerige overeenkomst, en ook al is die eenzijdige verklaring gedaan in de authentieke akte (de boedelbeschrijving), toch kan dit niet gelden als bewijs.<sup>41</sup>

**28.** *Betaling is een rechtshandeling* - Lange tijd bestond er discussie of een betaling van een geldsom een rechtshandeling is, dan wel een feit. Inmiddels is uitgeklaard dat de betaling een rechtshandeling is waarop de bewijsregel van art. 1341 BW van toepassing is. Het principearrest betreft een kasbon van een bejaarde moeder die door haar zoon verkocht werd en waarvan de opbrengst volgens de zoon aan zijn moeder werd uitbetaald. De moeder betwist de uitbetaling en voert aan dat de zoon de gelden voor eigen gebruik heeft aangewend. Het bewijs van betaling moet geleverd worden door de zoon overeenkomstig art. 1341 BW. Omdat de zoon geen ondertekende kwijting bezit en het geld ook niet op de rekening van zijn moeder heeft gestort, vraagt hij om met alle middelen van recht, met inbegrip van getuigen en/of persoonlijke verschijning te mogen bewijzen dat de kasbon op verzoek van zijn moeder werd verzilverd en dat de waarde van de kasbon aan haar werd terugbetaald. Dit wordt hem in eerste aanleg en in hoger beroep geweigerd, telkens met verwijzing naar art. 1341 BW. De voorziening in cassatie wordt afgewezen.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Cass. 2 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1, *Pas.* 2003, 1, *JT* 2003, 154, *JLMB* 2003, 587, en *Verkeersrecht* 2003, 134.

<sup>39</sup> Cass. 27 januari 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 1, 228, *Pas.* 2006, 234 en *TROS* 2006 (samenvatting D. LINDEMANS), 272.

<sup>40</sup> *Cf.* (niet in beschikkend gedeelte) Cass. 7 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 705, *Pas.* 2002, 655, *RW* 2004-05 (verkort), 508 en *T.Agr.R.* 2002, 177.

<sup>41</sup> Luik 15 oktober 2002, *JT* 2003, 158.

<sup>42</sup> Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2670, *Pas.* 2002, 2349, *RABG* 2004, 717, noot I. GEERS en *RW* 2004-05 (verkort), 1056, noot.

Latere cassatiearresten bevestigen dat de betaling een rechtshandeling is. Een arrest van 26 oktober 2006 handelt over twee feitelijk samenwonende partners die een koopovereenkomst sluiten m.b.t. machines voor de prijs van BEF 250 000. Ze maken een geschrift op dat er uitziet als een schulderkenning. Er bestaat betwisting over de effectieve betaling van het verschuldigde bedrag. Het Hof van beroep van Luik, in arresten van 8 april 2003 en 23 maart 2004, is van oordeel dat het bewijs van de betaling door vermoedens kan worden toegelaten. Het geheel van de gegevens ingezameld n.a.v. het strafonderzoek vormen samen gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens die een toereikend bewijs leveren dat de koopprijs betaald is. Het Hof van Cassatie verbreekt het arrest. De betaling is een rechtshandeling waarop art. 1341 BW van toepassing is.<sup>43</sup>

## **B. Tussen partijen en door partijen jegens derden**

**29.** *Enkel voor partijen* - De regel geldt enkel voor het bewijs *tussen partijen* en *door partijen jegens derden*. Derden zelf mogen de rechtshandelingen jegens de partijen bewijzen met getuigen en vermoedens. Dat de partijen die het bewijs van een overeenkomst jegens derden willen leveren ook gebonden zijn door het voorschrift van art. 1341 BW kan volgend voorbeeld illustreren. Een werknemer wordt het slachtoffer van een arbeidsongeval tijdens zijn tewerkstelling bij een werkgever. De werknemer vordert vergoeding van zijn schade bij de arbeidsongevallenverzekeraar van de werkgever. De arbeidsongevallenverzekeraar weigert het arbeidsongeval ten laste te nemen omdat de verzekeringspolis geschorst was wegens de verdwijning van het risico. De schorsing is vervat in een bijvoegsel van de overeenkomst, een zogenaamde avenant met als voorwerp ‘schorsing’, die niet ondertekend werd door de werkgever.

Er ontstaat discussie over de wijze waarop het bewijs geleverd moet worden van de schorsing. Het toepasselijke art. 25, eerste lid Verzekeringswet 11 juni 1874 bepaalt (als bevestiging en verstrenging van art. 1341 BW) dat de verzekeringsovereenkomst bewezen moet worden door een geschrift, ongeacht de waarde van het voorwerp van de overeenkomst. Krachtens het tweede lid kan het bewijs door getuigen niettemin worden toegelaten, wanneer er een begin van schriftelijk bewijs aanwezig is. Eén van de vragen die rijst, is of dit ook geldt voor het bewijs tegen een derde. Het Hof van beroep dat deze vraag bevestigend beantwoordt, wordt niet teruggedrukt door het Hof van Cassatie. De wettelijke bewijsregeling geldt voor de partijen bij de verzekeringsovereenkomst, ook wanneer zij het bestaan of de conventionele wijziging van de verzekeringsovereenkomst aanvoeren tegen een derde.<sup>44</sup>

## **C. Totstandkoming, uitvoering en uitdoving van rechtshandelingen**

**30.** *Voor alle aspecten van een rechtshandeling* - De regel geldt zowel voor het bewijs van de totstandkoming, de uitvoering als de uitdoving van de rechtshandeling (door betaling of door een ongewone uitdovingsgrond). Ook een overeengekomen schorsing van de overeenkomst valt onder het vereiste. Dit werd bevestigd in de in het vorige randnummer

<sup>43</sup> Cass. 26 oktober 2006, *Pas.* 2006, 2163 en *JT* 2007, 51.

<sup>44</sup> Cass. 30 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 5, 1149, *Pas.* 2005, 1145, *JTT* 2005, 327 en *Soc.Kron.* 2007 (samenvatting), 373.

aangehaalde zaak waarbij een arbeidsongevallenverzekeraar weigert om de schade van een werknemer te vergoeden omdat de verzekeringspolis geschorst was wegens de verdwijning van het risico. De schorsing is vervat in een bijvoegsel van de overeenkomst, een zogenaamde avenant met als voorwerp ‘schorsing’, die niet ondertekend werd door de werkgever. Er ontstaat discussie over de wijze waarop het bewijs van de schorsing moet worden geleverd. Eén van de vragen die rijst is of het vereiste van een geschrift ook geldt voor een wijziging van de overeenkomst. Deze vraag wordt positief beantwoord. Overeenkomstig art. 25 Verzekeringsweg 11 juni 1874 is voor het door de arbeidsongevallenverzekeraar te leveren bewijs van het bestaan van een conventionele schorsing van de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst een geschrift vereist of minstens een begin van bewijs door geschrift aangevuld met getuigen en vermoedens.<sup>45</sup>

#### **D. Enkel uitsluiting getuigen en vermoedens**

**31.** *Bekentenis en eed steeds mogelijk* - De regel geldt enkel voor de uitsluiting van het bewijs door getuigen en vermoedens: de bekentenis en de eed vallen buiten deze hiërarchie en deze bewijsmiddelen zijn, behalve in materies van openbare orde, steeds toegelaten.

Tot slot is art. 1341 BW niet van openbare orde: bewijsovereenkomsten of –bedingen die conventionele uitzonderingen bevatten op de dubbele regel van art. 1341 BW zijn in principe geldig (zie *infra*). Bovendien kent art. 1341 BW heel wat wettelijke uitzonderingen die hierna worden uitgewerkt.

### **§3. De wettelijke uitzonderingen op artikel 1341 BW**

#### **A. Handelszaken (art. 1341, tweede lid BW)**

**32.** *Niet in handelszaken* - Art. 1341 BW geldt niet in handelszaken. In handelszaken is de bewijsvoering vrij en mogen getuigen en vermoedens in principe aangewend worden als bewijs, ongeacht de waarde van het geschil, en als tegenbewijs tegen of boven akten. Een mooie illustratie daarvan is te vinden in het arrest van het hof van beroep van Gent van 2 januari 2013. Een investeringsvennootschap schakelt voor de verkoop van zijn participaties in een aantal firma’s aan een Britse beursgenoteerde vennootschap een commissionair in. Voor de vergoeding van het commissieloon wordt op een niet nader bepaalde dag, op een bierviltje een verdeelsleutel opgesteld tussen de commissionair en de bestuurder van de vennootschap. Achteraf beweert de eerste dat het om een bindende afspraak ging, terwijl de tweede dat tegenspreekt. Aangezien het gaat om een geschil tussen handelaars, mag volgens het hof van beroep van Gent het bewijs van de overeenkomst worden geleverd door alle middelen van recht, vermoedens inbegrepen. Daarbij overweegt het hof dat wanneer bierviltjes, die ook nog eens in twee exemplaren waren opgemaakt, ondertekend zijn door beide personen, ze het bewijs opleveren dat de partijen een bindend afspraak wilden vastleggen.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Cass. 30 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 5, 1149, *Pas.* 2005, 1145, *JTT* 2005, 327 en *Soc.Kron.* 2007 (samenvatting), 373.

<sup>46</sup> Gent 2 januari 2013, nr. 2010/AR/1388, *onuitg.*

## B. Een begin van bewijs door geschrift (art. 1347 BW)

**33.** *Begin van bewijs door geschrift* - De regel van art. 1341 BW lijdt uitzondering en getuigen en vermoedens zijn wél toegelaten als bewijsmiddel, wanneer er een begin van bewijs door geschrift aanwezig is (art. 1347, eerste lid BW). Een begin van bewijs door geschrift is een geschrift (geen akte) dat uitgaat van de persoon tegen wie men wil bewijzen en dat niet voldoet aan de wettelijke vormvereisten, doch waardoor het te bewijzen feit waarschijnlijk wordt gemaakt (art. 1347, tweede lid BW).

**34.** *Een geschrift* - Er moet allereerst sprake zijn van een geschrift. Een tekst die werd uitgetypt om de inhoud van een geluidsbandje weer te geven, voldoet daar niet aan. De zaak waarin dit werd geponeerd, was een discussie omtrent een voorschot dat zou zijn betaald voor een onroerend goed dat twee keer is verkocht. De eerste rechter beschouwt het als bewezen dat een voorschot van EUR 12 000 werd overhandigd. Hij baseert zich daarvoor op de geluidsopname van een gesprek waarvan de strafrechter kennis kon nemen en oordeelt dus dat de niet afgedwongen en spontane verklaring als begin van bewijs door geschrift kan worden beschouwd. Het hof van beroep van Gent is echter van oordeel dat de betaling niet bewezen wordt met een geschrift zoals bedoeld in artikel 1341 BW. Het gaat niet akkoord met de redenering dat er sprake is van een begin van schriftelijk bewijs, aangezien dit veronderstelt dat er een geschreven akte is die uitgaat van de tegenpartij. De tekst die werd uitgetypt om de inhoud van het geluidsbandje weer te geven is, zoals dat ook het geval is voor het geluidsbandje zelf, geen begin van bewijs door geschrift.<sup>47</sup> In deze zaak gebruikt de eisende partij het argument van een begin van bewijs door geschrift, maar mogelijks zou het inroepen van een buitengerechtelijke bekentenis meer succesvol zijn geweest. Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 20 december 2007 is het niet meer vereist dat de bekentenis bestemd is om voor de tegenpartij als bewijs te dienen en kan die in bepaalde situaties ook ongewild gebeuren.<sup>48</sup>

De weergave van een SMS zou daarentegen wél een geschrift opleveren. In een zaak die aanleiding gaf tot een vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg van Gent van 10 april 2012<sup>49</sup> en die uitgebreid de media haalde, werd een onroerend goed verkocht via drie SMS-berichten: 1. “Beste, u deed onlangs een bod op onze woning. Graag laten wij U hierbij weten dat onze laagste vraagprijs 570 000 euro bedraagt, indien interesse geef gerust een seintje”; 2. “Beste, het hoogste bod dat wij uitbrengen op uw woning bedraagt 550 000 euro”; 3. “Beste, we gaan in op uw bod van 550 000 voor onze woning. U kan contract opnemen voor de praktische afhandeling met ... op...”. De koper is van oordeel dat de koop gesloten is. De verkoper daarentegen acht zich niet gebonden en verkoopt de woning aan een derde. De kopers dagvaarden de verkopers tot uitvoering van de koopovereenkomst. De rechtbank is van oordeel dat er een geldige koopovereenkomst tot stand gekomen is (met verwijzing naar art. 1583 BW). De hamvraag is evenwel of de koop bewezen kan worden. Art.1341 BW is van

<sup>47</sup> Gent 21 november 2002, NjW 2003, afl. 33,635.

<sup>48</sup> Cass. (1e k.) 20 december 2007, *Pas.* 2007, 2418, *RW* 2009-10, 955 en *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH.

<sup>49</sup> Rb. Gent 10 april 2012, A.R. 11/3418/A, *onuitg.*

toepassing. Er ligt in deze geen geschrift voor: geen onderhandse, noch authentieke akte. Het enige geschrift is een SMS-bericht. Dit is geen onderhandse akte bij gebreke aan handtekeningen. Ook is art. 1325 BW niet nageleefd. Het SMS-bericht (weergegeven in een PV van vaststelling van een gerechtsdeurwaarder) vormt echter wél een begin van bewijs door geschrift. Ook een elektronisch toestel als een GSM waarop semantische zinvolle verbonden lettertekens kunnen verschijnen in de vorm van een SMS-bericht kan drager zijn van een begin van schriftelijk bewijs.

**35.** *Uitgaan van de persoon tegen wie men wil bewijzen* - Een begin van bewijs door geschrift vereist niet noodzakelijk een handtekening of het eigenhandig geschrift van de tegenpartij. Het geschrift moet uitgaan van de persoon tegen wie men wil bewijzen. In de aangehaalde zaak omtrent de beweerdde schorsing van een arbeidsongevallenverzekeringsovereenkomst, beroept de verzekeraar zich op een mededelingsnota, zelf opgesteld naar aanleiding van de telefonische aanvraag tot schorsing van de werkgever. Deze mededelingsnota beantwoordt niet aan de vereisten van art. 1347 BW vermits zij niet uitgaat van de persoon tegen wie het geschrift wordt aangevoerd.<sup>50</sup>

Om diezelfde reden mislukt het bewijs in de volgende zaak. Een rechtszoekende beweert opdracht te hebben gegeven aan een advocaat om een vordering in rechte in te stellen. De advocaat betwist het beweerdde mandaat *ad litem*. Er kan geen geschrift worden voorgelegd. De feitenrechter beveelt een onderzoek op basis van een begin van bewijs door een geschrift, namelijk een brief die een confrater gericht heeft tot de advocaat. Ten onrechte, aldus het Hof van beroep te Luik in een arrest van 2 februari 2000: een begin van bewijs door geschrift moet uitgaan van diegene waartegen men er zich op beroept. Hier ging het om een brief die een confrater tot de advocaat gericht had. De brief ging niet uit van de advocaat zelf.<sup>51</sup> Er werd wél een andere uitzondering aanvaard, namelijk een morele onmogelijkheid (zie *infra*).

**36.** *Het waarschijnlijk maken van het te bewijzen feit* – In een arrest van 5 mei 2011 oordeelde het Hof van Cassatie dat het weliswaar de feitenrechter is die oordeelt of de hem voorgelegde akte het beweerdde feit al dan niet waarschijnlijk maakt en derhalve een begin van bewijs door geschrift uitmaakt, maar dat het desalniettemin aan het Hof van Cassatie toekomt om na te gaan of de rechter het wettelijk begrip waarschijnlijkheid niet heeft miskend. In die zaak beslist de feitenrechter dat een uittreksel van de bankrekening van de eiser, waaruit blijkt dat de verweerster aan hem een bedrag van BEF 950 000 heeft gestort, het bestaan van de door de verweerster aangevoerde lening waarschijnlijk maakt.

Het Hof van Cassatie oordeelt echter dat een bankrekeninguittreksel dat melding maakt van een overschrijving, alleen bewijst dat er werkelijk een geldsom werd gestort. Het arrest dat beslist dat zo'n stuk het bestaan van een lening waarschijnlijk maakt en bijgevolg een begin van bewijs door geschrift vormt waardoor het bewijs van de leningsovereenkomst door alle

<sup>50</sup> Cass. 30 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 5, 1149, *Pas.* 2005, 1145, *JTT* 2005, 327 en *Soc.Kron.* 2007 (samenvatting), 373.

<sup>51</sup> Luik 2 februari 2000, *TBBR* 2001, 405.

middelen van recht mag worden geleverd, schendt volgens het Hof art. 1347, tweede lid BW.<sup>52</sup>

**37. *Andere voorbeelden*** – Andere voorbeelden zijn een gebrekkige authentieke akte; een onderhandse akte waarbij de voorschriften van de art. 1325 en 1326 BW<sup>53</sup> niet zijn nageleefd (bv. een nietige borgakte); een (betwist) afschrift van een onderhandse akte; een brief; een erkenning in conclusies, bv. van de juistheid van bepaalde vermeldingen in het deskundigenrapport<sup>54</sup>; een advertentie in de pers; een computeroutprint; een aantekening van de hand van de tegenpartij op een vel papier; door de raad van bestuur goedgekeurde notulen; een plan opgesteld door of een bouwaanvraag met vermelding van de architect (als bewijs tegen de bouwheer die ze ondertekend heeft of ingediend); de groene kaart afgeleverd door de verzekeraar en de door een ontlener ondertekende doorlopende opdracht bij een bank<sup>55</sup>

Ook kan een andere overeenkomst een begin van bewijs door geschrift opleveren. Een verhuurder dagvaardt een huurder in ontbinding van de huurovereenkomst wegens achterstallige huurtermijnen gedurende 14 jaar. De huurder beroept zich op veinzing: de clausule waarin de huurprijs is bedongen, is fictief en was ingegeven door fiscale redenen. Volgens hem werd er afgesproken dat er geen huur zou worden betaald. Aan de huurder komt het toe de beweerde ‘tegenbrief’ in de zin van art. 1321 BW te bewijzen. De huurder kan geen tegenbrief als zodanig voorleggen. Hij kan echter wel een kopie voorleggen van een leningsakte, opgemaakt op de dezelfde dag van de aankoop van het onroerend goed op naam van de beide partijen. Deze akte, die doet vermoeden dat de werkelijke bedoeling van de partijen erin bestond het onroerend goed samen aan te kopen, vormt voor de rechter een begin van bewijs door geschrift. Aangevuld met verschillende vermoedens ondersteunen zij de bewering van de huurder.<sup>56</sup>

**38. *Aanvullen met getuigen en vermoedens*** - Wanneer er een begin van bewijs door geschrift voorligt, mag dit aangevuld worden door getuigen en vermoedens. Aangevuld door getuigen en vermoedens, heeft dit bewijsmiddel dezelfde bewijswaarde als een (authentieke of onderhandse) akte. Het begin van bewijs door geschrift vormt dan ook in de praktijk een niet te onderschatten bewijsmiddel. De uitzondering speelt tevens een belangrijke rol bij de inpassing van moderne technieken in het bewijsrecht. Zo worden bijvoorbeeld fotokopies, microfilms, telefaxen en tickets van automatische bankklokken vaak als een begin van bewijs door geschrift erkend.

### **C. Onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen (art. 1348 BW)**

**39. *Onmogelijkheid*** - Wanneer een persoon zich in de onmogelijkheid bevindt om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, mag hij het bewijs leveren met getuigen en vermoedens

<sup>52</sup> Cass. 5 mei 2011, *Pas.* 2011, 1267 en *RW* 2012-13 (samenvatting), 1254, noot.

<sup>53</sup> *Cf.* (niet in beschikkend gedeelte) Cass. 27 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 503, *Pas.* 2003, 417 en *RW* 2004-05 (verkort), 975.

<sup>54</sup> Bergen (12<sup>e</sup> k.) 5 november 2001, *JT* 2002, 438.

<sup>55</sup> Antwerpen 28 februari 2000, *AJT* 2000-01, 833, noot B. WILMS.

<sup>56</sup> Cass. 5 april 2001, *Arr.Cass.* 2001, 626, *Pas.* 2001, 620 en *Huur* 2002, 65.

(art. 1348, eerste lid BW). Het tweede lid van art. 1348 BW bevat een exemplatieve lijst van voorbeelden van de in het eerste lid bepaalde onmogelijkheid. Zeer verscheiden situaties worden door de rechtspraak en de rechtsleer onder deze uitzondering gebracht, doch wordt deze bepaling (als uitzondering op de algemene regel van art. 1341 BW) beperkend geïnterpreteerd. Men maakt een onderscheid tussen de volgende categorieën van onmogelijkheid: een *materiële* onmogelijkheid, een *morele* onmogelijkheid en de onmogelijkheid *ingevolge een vaststaand en algemeen gebruik*.

### 1. Materiële onmogelijkheid

**40.** *Materiële onmogelijkheid* - Er is sprake van een materiële onmogelijkheid, wanneer de schuldeiser, rekening houdend met de praktische omstandigheden waarin hij zich bevond, er niet aan kon denken om een geschrift te eisen (zie bv. de gevallen bedoeld in art. 1348, tweede lid, 2° en 3° BW).

### 2. Morele onmogelijkheid

**41.** *Morele onmogelijkheid* - Er is sprake van een morele onmogelijkheid, wanneer de onmogelijkheid om een geschrift te vragen volgt uit de aard van verwantschap tussen de partijen (bv. tussen echtgenoten en bloedverwanten, feitelijk samenwonende partners, personen onder gezag, tussen een ziekenhuis en de patiënten, een bouwheer en de aannemer...). Ook de morele onmogelijkheid moet evenwel beperkend worden geïnterpreteerd. Een loutere band van genegenheid, vriendschap of liefde tussen twee personen volstaat niet om tot een morele onmogelijkheid te besluiten. Het uitverkoren terrein voor de toepassing van de uitzondering van art. 1348 BW. is dat van de familiale band tussen de betrokken partijen. De vraag naar het bestaan van een morele onmogelijkheid blijft echter een feitenkwestie, die elke rechter soeverein en met inachtneming van de specificiteit van de voorliggende feiten waardeert.<sup>57</sup>

**42.** *Niet-aanvaarding morele onmogelijkheid* - De voorbeelden in de rechtspraak van weigeringen om een morele onmogelijkheid te aanvaarden zijn talrijk. Zo zijn er de kasbons van een bejaarde moeder die door haar zoon verkocht werden en waarvan de opbrengst volgens de zoon aan zijn moeder werd uitbetaald. De moeder betwist de uitbetaling en voert aan dat de zoon de gelden voor eigen gebruik heeft aangewend. Het bewijs van de betaling moet geleverd worden door de zoon overeenkomstig art. 1341 BW. De zoon voert morele onmogelijkheid aan. De feitenrechter oordeelt terecht dat deze onmogelijkheid ten onrechte wordt ingeroepen. De zoon kon de opbrengst van de kasbons op de zichtrekening van de moeder hebben laten crediteren. De voorzichtigheid gebod hem ook als beheerder die gebeurlijk rekening en verantwoording zou moeten afleggen zich kwijting te laten opmaken, hetgeen in die omstandigheden dan ook niet ongebruikelijk en ongewoon was.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> I. GEERS, "Bewijs van betaling: de grenzen van artikel 1341 Burgerlijk Wetboek" (noot onder Cass. 6 december 2002), *RABG* 2004, 722, nr. 4.

<sup>58</sup> Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2670, *Pas.* 2002, 2349, *RABG* 2004, 717, noot I. GEERS en RW 2004-05 (verkort), 1056, noot.

**43.** *Aanvaarding morele onmogelijkheid* - Daarnaast zijn er verrassende aanvaardingen. Zo beweert een rechtszoekende opdracht te hebben gegeven aan een advocaat om een vordering in rechte in te stellen. De advocaat betwist het beweerde mandaat *ad litem*. Er kan geen geschrift worden voorgelegd. In hoger beroep aanvaardt het Hof van beroep van Luik in een arrest van 2 februari 2000 dat er sprake is van een morele onmogelijkheid om zich een geschrift te verschaffen. Het Hof onderzoekt de concrete omstandigheden van de zaak en besluit uit het feit dat de rechtszoekende geen enkele juridische vorming genoot, dat hij bij hoogdringendheid een advocaat raadpleegde en erg inzat met zijn professionele toekomst en blijk had gegeven van een volledig vertrouwen in zijn lasthebber, dat hij in de onmogelijkheid was om zich een geschrift te verschaffen.<sup>59</sup> Het lag meer voor de hand om een beroep te doen om de derde categorie van onmogelijkheid, namelijk de onmogelijkheid ingevolge een vaststaand en algemeen gebruik (zie volgend randnummer). De categorie van *morele* onmogelijkheid opentrekken tot de relatie tussen een rechtszoekende en een advocaat lijkt een brug te ver.

### 3. Onmogelijkheid ingevolge een vaststaand en algemeen gebruik

**44.** *Vaststaand en algemeen gebruik* - Er zijn, tot slot, situaties waarin erkend wordt dat het een vaststaand en algemeen gebruik is om geen geschrift op te stellen (bv. tussen een geneesheer en zijn patiënt, tussen een advocaat en zijn cliënt, tussen een hotelier en zijn klanten, tussen een garagist en zijn klant wat het onderhoudscontract betreft, de praktijk van de zuiver mondelinge beursorders ...). Weerom oordeelt de rechter soeverein.

### **D. Bij verlies van de akte door overmacht (art. 1348, laatste lid BW)**

**45.** *Overmacht* - Bij verlies van de akte door overmacht, geldt art. 1341 BW niet. De partij die de akte verloor moet evenwel kunnen bewijzen dat de akte bestond en dat deze buiten zijn schuld om verloren is gegaan. De partijen hebben bijvoorbeeld de onderhandse akte aan een notaris overhandigd bij wie ze verloren gegaan is.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Luik 2 februari 2000, *TBBR* 2001, 405.

<sup>60</sup> Cass. 8 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1122, 1, *Pas.* 1980, I, 1111, noot, *RW* 1981-82, 252, noot, *JT* 1980, 577, *Rev.not.b.* 1982, 117, noot R.D.V. en *T.Not.* 1981, 333.



## HOOFDSTUK 2. BEWIJSOVEREENKOMSTEN EN BEWIJSCLAUSULES<sup>61</sup>

**46.** *Situering* - Traditioneel omschrijft men ‘bewijzen’ als het aannemelijk maken van het bestaan en desgevallend van de inhoud van bepaalde feiten of handelingen op de wijze bepaald door de wet.<sup>62</sup> Zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer wordt er aangenomen dat die wettelijke bepalingen, behoudens enkele uitzonderingen, niet van dwingend recht of openbare orde zijn.<sup>63</sup> Partijen kunnen dus in onderlinge overeenstemming van het klassieke bewijsrecht afwijken door middel van bewijsovereenkomsten en bewijsclausules.<sup>64</sup> Ze doen dat onder andere wanneer ze twijfel omtrent de toepasselijkheid van een wettelijk bewijsvoorschrift willen oplossen<sup>65</sup>, de procedure volledig zelf in handen willen nemen of onzekerheid over de aanwending van moderne communicatiemiddelen en digitale gegevens als bewijs in rechte willen vermijden.<sup>66</sup>

**47.** *Definitie* - Een bewijsovereenkomst kan gedefinieerd worden als een overeenkomst waarbij partijen met het oog op de beslechting van een eventueel toekomstig geding, afspraken maken omtrent hun bewijspositie en voorzien in een conventionele regeling van de bewijslast, bewijsmiddelen en/of bewijswaarde.<sup>67</sup> Bewijsclausules zijn zo goed als standaard in de algemene voorwaarden van banken, verzekeringen en openbare nutsbedrijven, maar komen ook in talrijke andere overeenkomsten voor.<sup>68</sup> Binnen een gerechtelijke procedure leveren ze een spanning op tussen enerzijds de wilsautonomie van de partijen, wat een

<sup>61</sup> Hoofdstuk 2 bouwt voort op een deelaspect van onderzoek, verricht in het kader van een onderzoeksproject over de ‘rechter en het contract’ van de Onderzoeksgroep voor Verbintenissenrecht van de KU Leuven en de UCL. De volledige onderzoeksresultaten zullen gepubliceerd worden bij Die Keure in 2014.

<sup>62</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 152.

<sup>63</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 42; A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 119; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientica, 1962, 67; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des Obligations, II, Régime général de l’obligation - Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2010, 2224, S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451; D. MOUGENOT, *Droit des obligations : la preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 69, nr. 10; G.-L. BALLON en K.J. VANDORMAEL, “Creatief met factuurvoorwaarden” in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 23 en G.-L. BALLON, “Bewijsclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYIN, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, 506.

<sup>64</sup> In tegenstelling tot in België wordt in Frankrijk de mogelijkheid tot het sluiten van een bewijsovereenkomst wel uitdrukkelijk erkend in de wet. Artikel 1316-2 CC bepaalt dat: “*Lorsque la loi n’a pas fixé d’autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu’en soit le support* ».

<sup>65</sup> C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht 2: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2005, 79.

<sup>66</sup> O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 129 en D. MOUGENOT, “Droit de la preuve et technologies nouvelles: synthèse et perspectives” in X. (ed.), *Droit de la preuve*, Luik-Namen, Formation Permanente C.U.P., 1997, (45) 94.

<sup>67</sup> J. LAENENS, “Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken” in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 291 en G.-L. BALLON, “Bewijsclausules” in G.-L. BALLON et al. (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, 497.

<sup>68</sup> Bijvoorbeeld een cao, die bepaalt dat partijen overeenkomen een dagelijks prestatieblad op te stellen dat enkel en alleen rechtsgeldig is voor de berekening van het loon, kan een bewijsovereenkomst uitmaken (Arbrb. Antwerpen 3 juni 1988, RW 1988-1989, 305, noot M. RIGEAUX en P. HUMBLET).

basisbeginsel van het contractenrecht is,<sup>69</sup> en anderzijds de actieve rol van de rechter, die overheerst in de hedendaagse procestheorie.<sup>70</sup>

**48.** *Bindende kracht van bewijsovereenkomsten* - In Nederland verdedigt men dat bewijsovereenkomsten ‘non-obligatoire’ overeenkomsten zijn. In tegenstelling tot wat geldt bij gewone overeenkomsten, meent men dat het beoogde effect niet is dat de ene partij ten opzichte van de andere partij een prestatie levert, maar wel dat de rechter zich overeenkomstig de door de partijen geformuleerde regel gedraagt. De rechter moet dus in plaats van de wettelijke, de contractuele regeling op de bewijspositie tussen de partijen toepassen.<sup>71</sup>

In het Belgische recht zijn we niet vertrouwd met de term ‘niet-obligatoire’ overeenkomsten, maar moet de afdwingbaarheid van bewijsovereenkomsten ten opzichte van de rechter gesteund worden op artikel 1134 BW. Op basis van dat artikel dient ook de rechter de bindende kracht van een overeenkomst te respecteren en moet hij er de gevolgen aan verbinden die de partijen zelf hebben gewild.<sup>72</sup>

**49.** *Inhoud van het onderdeel* – Dit onderdeel is opgebouwd op basis van het onderscheid dat in het Belgische recht klassiek gemaakt wordt tussen de drie types van bewijsovereenkomsten, namelijk de overeenkomsten met betrekking tot de bewijslast, de bewijsmiddelen en de bewijswaarde.<sup>73</sup> In een eerste deel worden de verschillende types bewijsovereenkomsten en hun respectievelijke gevolgen beschreven (A.), aansluitend wordt er ingegaan op de geoorloofdheid van die verschillende soorten overeenkomsten (B.).

## Afdeling 1. De types bewijsovereenkomsten en bewijsclausules

### §1. De bewijslastovereenkomst

**50.** *Een bewijslastovereenkomst* - Een bewijslastovereenkomst is een overeenkomst waarbij de partijen, in afwijking van de normale principes ter zake, de verdeling en de omvang van de bewijslast regelen.<sup>74</sup> Bewijslastovereenkomsten oefenen een tweevoudige invloed uit op het bewijsproces. Ten eerste geven ze een indicatie welke partij als eerste aanzet is in de bewijsvoering. Daarnaast sturen ze de rechter ook in zijn bewijswaardering, aangezien ze bepalen welke partij hij in het ongelijk moeten stellen wanneer bepaalde rechtsfeiten uiteindelijk niet bewezen geraken. Dat vloeit voort uit het feit dat de meerderheid

<sup>69</sup> O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 111.

<sup>70</sup> B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 349-350 en 469-470; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 64-66 en D. MOUGENOT, *Droit des obligations : la preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 72.

<sup>71</sup> J.M. SCHELTMA, “Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs”, *WNPR* 1935, (419) 419 en C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht 2: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2005, 28.

<sup>72</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 41, nr. 53.

<sup>73</sup> S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451 en A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 118.

<sup>74</sup> M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientica, 1962, 66.

van de Belgische rechtsleer artikel 1315 BW en 870 Ger.W. interpreteert in de zin van een ‘objectieve bewijslast’ of ‘bewijsrisico’.<sup>75</sup> Een partij die dus ingestemd heeft om de bewijslast te dragen, zal dan ook de gevolgen moeten ondergaan wanneer hij er niet in slaagt om met de benodigde bewijselementen naar voor te komen.<sup>76</sup>

**51. Rechtstreeks** - In de eerste plaats kunnen partijen rechtstreeks en uitdrukkelijk overeenkomen welke partij iets moet bewijzen. In art. 5.1 van het algemeen reglement van verrichtingen van een Belgische grootbank lezen we bijvoorbeeld: “*Wanneer de Klant ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan of aanvoert dat de betalingstransactie niet correct werd uitgevoerd, is de Bank gehouden het bewijs te leveren dat de betalingstransactie door de Klant toegestaan werd, juist geregistreerd en geboekt is en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed.*”<sup>77</sup>

**52. Onrechtstreeks door vermoedens** - Het is ook mogelijk dat partijen onrechtstreeks de bewijslast verschuiven door te werken met een feitelijk vermoeden. Een typisch voorbeeld is “*Behoudens tegenbewijs worden de facturen geacht te zijn ontvangen op de factuurdatum.*”<sup>78</sup> Er wordt een gelijkaardig effect gecreëerd wanneer een contractuele clausule voorziet dat één van de partijen de overeenkomst mag ontbinden zonder dat die partij het bewijs moet leveren van de tekortkoming van de andere partij.<sup>79</sup> De verschuiving van de bewijslast en het verschil met een opzegbeding ligt dan in het feit dat het aan de andere partij toekomt om te bewijzen dat ze helemaal geen wanprestatie heeft begaan.<sup>80</sup> Bij een zuiver opzegbeding daarentegen, is de beslissing om de overeenkomst op te zeggen vreemd aan een sanctie voor een toerekenbare tekortkoming.<sup>81</sup>

**53. Onrechtstreeks door wijziging aard verbintenis** – Wanneer men in een contractueel beding een middelenverbintenis kwalificeert als een resultaatsverbintenis, kan er eveneens een verschuiving van de bewijslast plaatsvinden. Bij een middelenverbintenis moet de schuldeiser een fout bewijzen van de schuldenaar door aan te tonen dat de schuldenaar niet alle middelen

<sup>75</sup> N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 43; D. MOUGENOT, *Droit des obligations : la preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 93; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 156 en 162; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, II, Régime général de l'obligation - Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2010, 2262-2263; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile - Chronique de Jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, (593) 596 en O. MICHIELS, “L'article 1315 du Code civil: contours et alentours”, *Act. dr.* 1998, (363) 370.

<sup>76</sup> V. DEPADT-SEBAG, “Les conventions sur la preuve” in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 19.

<sup>77</sup> Art. 5.1. Algemeen Reglement der Verrichtingen Belfius.

<sup>78</sup> G.-L. BALLON en K.-J. VANDORMAEL, “Creatief met factuurvoorwaarden” in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 23.

<sup>79</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 42; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 118 en G.-L. BALLON, “Bewijsclausules” in G.-L. BALLON et. al. (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, 502.

<sup>80</sup> V. DEPADT-SEBAG, “Les conventions sur la preuve” in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 19.

<sup>81</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 196, nr. 276.

heeft aangewend die daartoe nodig waren, terwijl hij bij een resultaatsverbintenis enkel het bestaan en het uitblijven van het beloofde resultaat hoeft te bewijzen.<sup>82</sup>

Een interessante illustratie is het arrest van het Hof van Cassatie van 23 februari 2000. In een aannemingsovereenkomst wordt een uitvoeringstermijn afgesproken, gekoppeld aan een schadebeding. Indien de aannemingswerken niet op een bepaalde dag zouden zijn opgeleverd, zou het door de bouwheer betaald bedrag van rechtswege en zonder ingebrekestelling moeten worden terugbetaald aan de bouwheer als schadevergoeding. De termijn wordt niet nageleefd door de aannemer en de bouwheer beroept zich op het schadebeding.

Het hof van beroep van Antwerpen oordeelt dat het loutere verstrijken van de termijn niet voldoende is om de schadevergoeding op te eisen. Volgens het hof moet de bouwheer eerst bewijzen dat de laattijdigheid van de oplevering te wijten is aan een fout van de aannemer. Het Hof van Cassatie verbreekt dit arrest en oordeelt dat wanneer een sanctie ‘van rechtswege’ is bedongen wegens de vertraging in de uitvoering van de overeenkomst, de contractuele schuldeiser niet meer het bewijs dient te leveren van het feit dat die vertraging een gevolg is van de wanprestatie van de schuldenaar. Het hof van beroep heeft dus door de bewijslast van een fout op de schuldeiser te leggen, zonder na te gaan of de aannemer door het litigieuze beding een resultaats- dan wel middelenverbintenis op zich heeft genomen, het onderscheid tussen resultaats- en middelenverbintenis en de invloed van dit onderscheid op de bewijslastverdeling miskent.<sup>83</sup>

**54.** *Verhogen van bewijslast* – Naast de hierboven vermelde mogelijkheden waarbij een partij (on)rechtstreeks van een bepaald bewijs wordt vrijgesteld, kan via een overeenkomst ook een bijkomende bewijslast aan een partij worden opgelegd.<sup>84</sup> Zo kunnen partijen overeenkomen dat een omstandig stilzwijgen niet kan worden beschouwd als een wilsverklaring (bijvoorbeeld in bedingen die een stilzwijgende wederverhuring of een stilzwijgende aanvaarding uitsluiten). Door zo’n beding wordt aan de partij die had kunnen volstaan met het aantonen van de feitelijke omstandigheden waaruit een stilzwijgende wilsuiting kan worden afgeleid, een zwaardere bewijslast opgelegd.<sup>85</sup> Een ander voorbeeld is de volgende clausule: “*Aanvaarding van Ingecheckte Bagage door de houder van het Bagage-identificatielabel, zonder klacht op het tijdstip van levering, is prima facie bewijs dat deze in goede staat en in overeenkomst met het vervoerscontract is bezorgd.*”<sup>86</sup> Het bewijs om aan te tonen dat er toch nog iets verkeerd was met de bagage wordt niet onmogelijk gemaakt, maar wel veel moeilijker, omdat de vliegtuigmaatschappij bedongen heeft dat er bij gebrek aan klacht op het tijdstip van de levering, een *prima facie* bewijs is dat de levering in overeenstemming met het vervoerscontract is gebeurd.

<sup>82</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 179.

<sup>83</sup> Cass. 23 februari 2000, *Res.Jur.Imm.* 2002, 49, noot W. VAN CUTSEM en E. LEYTENS.

<sup>84</sup> S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451, nr. 28.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 451, nr. 28.

<sup>86</sup> Art. 15.1.1 van de algemene reisvoorwaarden van Ryanair.

## §2. De bewijsmiddelenovereenkomst

**55.** *Een bewijsmiddelenovereenkomst* - Bewijsmiddelen maken de technieken en methoden uit waarvan een partij gebruik maakt om aan de rechter de juistheid aan te tonen van de feiten en handelingen die hij aanvoert. Wanneer er sprake is van zo'n overeenkomst, zal de rechter in plaats van de wettelijke voorschriften (bijvoorbeeld artikel 1341 BW), de conventionele afspraken tussen de partijen betrekken in zijn beoordeling, vooraleer hij een vordering kan afwijzen of bepaalde bewijselementen ontoelaatbaar verklaren. In de eerste plaats wordt er ingegaan op bewijsovereenkomsten die afwijken van het wettelijk stelsel van bewijsmiddelen (i) en vervolgens op degene die de toelaatbaarheid van bepaalde bewijsmiddelen regelen (ii).

### A. Overeenkomsten die afwijken van het wettelijke stelsel van bewijsmiddelen

**56.** *Twee categorieën* – In dit onderdeel worden de overeenkomsten die afwijken van het wettelijke stelsel van bewijsmiddelen in twee categorieën opgedeeld, die gebaseerd zijn op een onderscheid dat sinds lange tijd in Frankrijk gehanteerd wordt: aan de ene kant de overeenkomsten die de regels met betrekking tot de bewijsmiddelen verzachten en aan de andere kant degene die juist een strengere toepassing dan de wet vereisen.<sup>87</sup>

#### 1. Verzachting van de regels met betrekking tot de bewijsmiddelen

**57.** *Versoepeling van de wettelijke voorschriften* - Partijen kunnen overeenkomen om de gemeenrechtelijke regels betreffende het aanwenden van bepaalde bewijsmiddelen te versoepelen. Een typisch voorbeeld zijn de afwijkingen van art. 1341 BW.<sup>88</sup> Dat artikel voorziet dat een akte moet worden opgemaakt voor zaken die de waarde van 375 EUR te boven gaan en dat het bewijs door getuigen niet toegelaten wordt tegen of boven de inhoud van akten. In de algemene voorwaarden van één van de Belgische grootbanken vinden we bijvoorbeeld letterlijk: “*De schriftelijke stukken van de Bank vormen een afdoend bewijs dat de opdracht werd uitgevoerd conform de instructies van de Klant. Voor zover nodig en in afwijking van artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek kan de Bank het bewijs van dergelijke opdrachten leveren met alle rechtsmiddelen.*”<sup>89</sup>

De clausules die bepalen dat kopieën een rechtsgeldig bewijs uitmaken, versoepelen in feite art. 1334 BW, dat bepaalt dat wanneer de oorspronkelijke titel nog bestaat, afschriften enkel het bewijs opleveren van wat voorkomt in de titel, waarvan de vertoning altijd kan worden gevorderd. Een illustratie daarvan is het volgende beding: “*Het bewijs van de verzending en van de inhoud van de briefwisseling gericht aan de Cliënt wordt op geldige wijze geleverd door de overlegging van een kopie of een samenvattende staat.*”<sup>90</sup> Daarnaast kunnen partijen

<sup>87</sup> V. DEPADT-SEBAG, “Les conventions sur la preuve” in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 17.

<sup>88</sup> A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 118; S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451, nr. 28.

<sup>89</sup> Art. 12 Algemeen Reglement der Verrichtingen Citibank, 1 januari 2013.

<sup>90</sup> Art. 17 Algemeen Reglement der Verrichtingen ING Belgium.

in afwijking van art. 1325 BW ook overeenkomen om de onderhandse akte die strekt tot bewijs van de overeenkomst, slechts in één origineel exemplaar op te maken. Dat exemplaar wordt dan in bewaring gegeven bij een door hen aangewezen derde, zoals de notaris.<sup>91</sup>

**58.** *Nieuwe technologieën als bewijsmiddel* – Moderne technologieën die niet in de wet zijn geregeld, kunnen door een contractueel beding ook als bewijsmiddel worden erkend. De wereld van vandaag drijft immers voort op snelle communicatiemiddelen en onophoudelijke transacties die nog weinig van doen hebben met de traditionele geschreven contracten.<sup>92</sup> Zeker in de financiële wereld kan men door middel van bewijsovereenkomsten de technische mogelijkheden van de elektronische netwerken ten volle benutten om de totstandkoming, het bewijs en afwikkeling van financiële transacties uitsluitend langs de virtuele weg te laten plaatsgrijpen.<sup>93</sup> In de algemene voorwaarden van alle grote banken vinden we dan ook een bepaling in de zin van “*De Klant aanvaardt dat de door de Bank opgeslagen informatorische/elektronische gegevens het bewijs vormen van verrichtingen, orders, berichten of informatie uitgewisseld via elektronische weg, ongeacht de drager waarop deze gegevens zich bevinden.*”<sup>94</sup> De rechtbank van Namen erkende al in 1988 dat de historiek van bankkaarten en de journaalband ingevolge een bewijsovereenkomst een dwingend en voldoende procedé van bewijs door geschrift kunnen uitmaken.<sup>95</sup>

## 2. Verstrenging van de regels met betrekking tot de bewijsmiddelen

**59.** *Verstrenging van de wettelijke voorschriften* - Omgekeerd kunnen partijen een verstrenging van de toelaatbare bewijsmiddelen overeenkomen. Zo kan men bijvoorbeeld het bewijs door getuigen uitsluiten of een akte vereisen waar dit in het gemene bewijsrecht niet nodig is, bijvoorbeeld onder de 375 euro.<sup>96</sup> Een ander voorbeeld in dezelfde trend is wanneer partijen overeenkomen dat een begin van bewijs door geschrift niet kan worden aangevuld met getuigen of vermoedens.

Het feit dat de rechter gebonden is door zo’n bewijsclausule werd bevestigd in een arrest van het hof van beroep van Luik van 22 februari 2000. Een bank kende aan een makelaar de bevoegdheid toe om allerhande contracten voor haar af te sluiten (verkoop op afbetaling, leningen,...). Na de beëindiging van de samenwerking ontstond er een discussie over de

<sup>91</sup> A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 120 en O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107). Zo’n contractuele afspraak is evenwel niet mogelijk in het consumentenrecht (cf. *infra*).

<sup>92</sup> O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 129.

<sup>93</sup> M. TISON, “Virtuele financiële dienstverlening (E-Banking en E-Trading): een transactionele benadering” in K. BROECKX, B. CLAESSENS en D. COUNYE (eds.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, (285) 290.

<sup>94</sup> Art. 15.2. algemeen reglement der verrichtingen Belfius, art. I.35.1. algemene voorwaarden KBC-bank, art. 14 algemeen reglement van verrichtingen Citibank, art. 36 algemeen reglement der verrichtingen ING en art. 22 algemene bankvoorwaarden BNP-Paribas Fortis.

<sup>95</sup> Rb. Namen 30 mei 1988, *DIT* 1990, 60.

<sup>96</sup> S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451, nr. 28 en C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht 2: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2005, 25.

verschuldigde commissielonen. De overeenkomst bepaalde dat het tarief van de commissie op elk moment mocht herzien worden door de bank, middels een kennisgeving zeven dagen op voorhand bij aangetekende brief. *In casu* was er geen aangetekende brief verstuurd maar een fax en trachtte de bank de kennisgeving te bewijzen op grond van een aantal vermoedens. Het hof van beroep te Luik overwoog in de eerste plaats dat partijen vrij overeenkomsten mogen sluiten over de bewijsmiddelen die zij zullen aanwenden. Bijgevolg is het in zo'n geval niet toegelaten een bewijs met vermoedens voor te dragen in plaats van met het overeengekomen bewijsmiddel, namelijk de aangetekende brief.<sup>97</sup>

## **B. Overeenkomsten omtrent de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen**

### **1. Toelaatbaar maken van bewijsmiddelen**

**60.** *Telefoon- of beeldopnames* - Heel wat clausules in algemene voorwaarden van banken bepalen: “*De Klant aanvaardt het opnemen van zijn telefonisch gegeven orders en aanvaardt dat deze opnames in een gerechtelijke procedure worden gebruikt en een bewijsmiddel vormen*”<sup>98</sup> en “*Beeldopnames door camera's gemaakt in en rond de gebouwen van de bank, kunnen worden bewaard gedurende een termijn van een maand of voor een langere periode indien deze opnames nuttig zijn voor de bewijsvoering van verrichtingen of van strafbare feiten.*”<sup>99</sup>

**61.** *Vermijden van discussie* - Het is duidelijk dat die bedingen niet beschouwd kunnen worden als afwijkingen van het wettelijk stelsel van bewijsmiddelen, maar kaderen in het vraagstuk van de geoorloofdheid van bewijsmateriaal. Die kwestie gaat elke bewijsdiscussie voor de rechtbank vooraf, want ongeoorloofd bewijs mag niet gebruikt worden in rechte en mag door de rechter niet meegenomen worden in de waarheidsvinding.<sup>100</sup> Via een bewijsclausule stemmen beide partijen in met het gebruik als bewijsmateriaal van dergelijke opnames, zodat een discussie daaromtrent niet meer mogelijk is. Artikel 128 van de wet van 13 van juni 2005 betreffende de elektronische communicatie maakt de opname van een telefoongesprek in de context van een commerciële transactie of van een andere zakelijke communicatie mogelijk. De enige voorwaarden zijn dat de betrokken partijen op de hoogte worden gebracht van de registratie, de precieze doeleinden ervan en de duur van de opslag van de registratie.

### **2. Uitsluiten van bewijsmiddelen**

**62.** *Vertrouwelijke en geheime documenten* – De problematiek is veel complexer wanneer partijen overeenkomen om bepaalde stukken uit te sluiten als bewijs in rechte. Dat is

<sup>97</sup> Luik 22 februari 2000, *TBH* 2000, 503.

<sup>98</sup> Art. 15.2 algemeen reglement der verrichtingen Belfius en art. I.35.2 algemene voorwaarden KBC-bank.

<sup>99</sup> Art. I.14.7 algemene voorwaarden KBC-bank.

<sup>100</sup> B. ALLEMEERSCH, “De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen”, *DAOR* 2007, (333) 334 en B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour “Antigoon””, *JT* 2012, (165) 165, nr. 1 en S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 435, nr. 2 en B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002, (41) 41, nr. 1.

bijvoorbeeld het geval wanneer documenten vertrouwelijke informatie bevatten of wanneer het zakengeheim bij één van de partijen op het spel staat.<sup>101</sup> In die hypothese wordt de strijd tussen de wilsautonomie en de actieve rol van de rechter gevoerd op het scherpst van de snee. Het feit dat een partij zijn rechten niet adequaat zou kunnen verdedigen omwille van een eerdere, misschien zelfs argeloos aangenomen beperking van zijn bewijsmogelijkheden, lijkt op het eerste gezicht niet te sporen met de procesrechtelijke uitgangspunten van onze rechtsorde.<sup>102</sup> In ieder geval is het essentieel om eerst na te gaan of de overeenkomst tot geheimhouding een impliciete dan wel expliciete uitsluiting van bewijsmiddelen bevat.<sup>103</sup>

**63.    *Geen expliciete uitsluiting van bewijsmiddelen*** - Bij het voeren van een economische activiteit delen ondernemingen constant vertrouwelijke en commercieel gevoelige informatie met elkaar en anderen (hetzij om hun activiteiten te financieren, hetzij om hun activiteiten uit te voeren, hetzij om cliënteel te vinden voor hun activiteiten). Om het gevaar van een onbetaalde en ongecontroleerde verspreiding van die informatie tegen te gaan, sluiten ze dan confidentialiteitsafspraken, die verbieden die informatie met derden te delen.<sup>104</sup> Stel dat één van die twee partijen in een geschil verwikkeld raakt met een derde, die hem bijvoorbeeld beschuldigt van een inbreuk op een exclusiviteitsovereenkomst. Dan rijst de vraag of die partij toch geen gebruik mag maken van de desbetreffende overeenkomst als bewijsmiddel in een procedure.

Indien partijen niet met zoveel woorden hebben afgesproken dat de confidentiële informatie nooit aan een rechter mag worden voorgelegd, mag een geheimhoudingsovereenkomst geen belemmering vormen voor de voorlegging in rechte.<sup>105</sup> Een restrictieve interpretatie van confidentialiteitsovereenkomsten dringt zich immers op.<sup>106</sup> Zoals hoger al aangegeven (cf. *supra* nr. 48), is een bewijsovereenkomst een partijinstructie aan de rechter die de aanwezige bewijsmiddelen met betrekking tot een geschil moet waarderen. Een geheimhoudingsbeding is naar haar aard veeleer een instructie overeengekomen tussen de partijen zelf en heeft een interne strekking.<sup>107</sup> In een procedure tussen twee medecontractanten is het logisch dat het geheime karakter niet verhindert dat men zich in rechte op die overeenkomst beroept. Anders zou de ene partij naar believen kunnen beslissen om de overeenkomst al dan niet uit te voeren,

<sup>101</sup> Zie ook B. ALLEMEERSCH, "Zakengeheim in burgerlijk proces en geheim" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.-L. BALLON, *et al.* (eds.), *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, (1) 1-2.

<sup>102</sup> B. ALLEMEERSCH, "Controversiële bewijzen in handelszaken" in B. TILLEMEN en E. TERRYEN (eds.), *Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 656 en S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (435) 449.

<sup>103</sup> B.T.M. VAN DER WIEL, "De Bewijsovereenkomst", *WPNR* 2002, (221) 223.

<sup>104</sup> K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Brugge, Die Keure, 2011, 3-4.

<sup>105</sup> G.-L. BALLON laat geheimhoudingsclausules vallen onder bewijsovereenkomsten met betrekking tot de aanvoeringslast, wat een correcte benadering is, omdat bij dergelijke clausules ook het aanvoeren en ter sprake brengen van dergelijke rechtshandelingen en rechtsfeiten wordt uitgesloten (G.-L. BALLON, "Bewijsclausules" in G.-L. BALLON *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules, I*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 500). Toch wordt hier voor de invalshoek van het bewijsmiddel gopteerd, omdat dergelijke informatie toch via een bewijsmiddel in rechte moet worden voorgelegd (in een geschreven document, via een getuigenis, ...).

<sup>106</sup> B. ALLEMEERSCH, "Controversiële bewijzen in handelszaken" in B. TILLEMEN en E. TERRYEN (eds.), *Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 659.

<sup>107</sup> A.C. VAN SCHAICK, "Bewijsovereenkomsten en geheimhoudingsafspraken", *NTBR* 2006, nr. 18.



terwijl de andere partij gehouden zou zijn tot het respecteren van de geheimhoudingsovereenkomst.<sup>108</sup> Bovendien is het enkel de rechter, die zelf gehouden is tot het ambtsgeheim, die kennis krijgt van het confidentiële stuk.<sup>109</sup>

In Nederland opteerde de Hoge Raad ook voor de restrictieve interpretatie van dat soort overeenkomsten. In een zaak van 10 april 2010 over de vertrouwelijkheid van een bemiddelingsovereenkomst, oordeelde de Hoge Raad dat een rechter niet spoedig mag aannemen dat een overeenkomst zonder een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling, een bewijsovereenkomst is die ertoe strekt de verklaring van de mediator als getuige in een rechtsgeding als bewijsmiddel uit te sluiten.<sup>110</sup> De Hoge Raad plaatst dus het algemeen maatschappelijk belang dat de waarheid in een procedure aan het licht komt boven de overeengekomen vertrouwelijkheid tussen partijen. In België speelt die discussie in het kader van een bemiddelingsovereenkomst niet, omdat artikel 1728 Ger.W. uitdrukkelijk bepaalt dat documenten en mededelingen uit een bemiddeling niet mogen worden gebruikt als bewijsmateriaal en dat de bemiddelaar evenmin mag worden opgeroepen als getuige in een burgerrechtelijke procedure.

**64.** *Expliciete uitsluiting van bewijsmiddelen* – Partijen kunnen in een contractueel beding ook uitdrukkelijk overeenkomen dat bepaalde stukken niet zullen worden aangewend in een procedure. Een eerste voorbeeld is de onderhandeling tussen partijen naar aanleiding van een handelsgeschil, waarbij op een bepaald moment aan de onderhandelings tafel een geschreven nota met een kostenberekening en voorstel van schadevergoeding wordt overgelegd. Wanneer de onderhandeling dan toch nog afspringt, kan er een overeenkomst zijn om die nota nooit als bewijs in rechte aan te wenden. Een tweede voorbeeld is een vertrouwenspersoon die in een echtscheiding optreedt als informeel bemiddelaar, met als doel om een vereffening en verdeling van de huwelijksgemeenschap te bekomen. Wanneer zo’n gesprek in een constructieve sfeer verloopt, is het niet ondenkbaar dat er informatie over bepaalde gelden en bezittingen wordt vrijgegeven. Indien er toch nog iets zou mislopen, is het aangewezen om een overeenkomst te hebben dat die informatie nooit voor de rechtbank mag komen.

Vroeger oordeelde men resoluut dat zo’n bewijsovereenkomst de voorlegging in rechte verhinderde.<sup>111</sup> Tegenwoordig wordt er daarentegen meer en meer aanvaard dat het recht van verdediging een legitieme doelstelling is om een beperkte miskennis van zo’n overeenkomst te rechtvaardigen.<sup>112</sup> Een strekking in de rechtsleer verdedigt dat in die situatie moet worden teruggegrepen naar de techniek van de belangenafweging. De rechter zal het respect voor een rechtsgeldig aangegane contractuele verbintenis moeten afwegen tegen de fundamentele waarborg van een eerlijk proces en het daaruit voortvloeiende recht op bewijs. Daarbij zullen de concrete omstandigheden de doorslaggevende factor zijn, zoals bijvoorbeeld de

<sup>108</sup> K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Brugge, Die Keure, 2011, 317-318.

<sup>109</sup> B. ALLEMEERSCH, “Controversiële bewijzen in handelszaken” in B. TILLEMANS en E. TERRYNS (eds.), *Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 659.

<sup>110</sup> HR 10 april 2010, LJN BG9470, nr. 3.3.

<sup>111</sup> J. MILQUET, “La production en justice, par un cocontractant, de renseignements et de documents protégés par une clause de confidentialité”, *RDAI* 1991, (153) 167.

<sup>112</sup> K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Brugge, Die Keure, 2011, 316, nr. 324.

overblijvende bewijsmogelijkheden, de houding van de respectieve procespartijen, de in het geding zijnde belangen, het nut en het doel van de geheimhouding of het bestaan van alternatieven om hetzelfde doel op minder belastende manier te bereiken.<sup>113</sup>

### §3. De overeenkomst met betrekking tot de bewijswaarde

**65.** *De bewijswaarde* - Ten slotte zijn er bewijsclausules waarin partijen een contractuele afspraak maken omtrent de bewijswaarde die in hun onderlinge verhouding aan een of meer bewijsmiddelen moet worden gehecht.<sup>114</sup> De bewijswaarde kan omschreven worden als het vertrouwen, het krediet, de ernst of de waarachtigheid die de rechter in eer en geweten kan hechten aan een bewijselement.<sup>115</sup> Dat heeft op zijn beurt een implicatie op de rechtsfeiten of rechtsgevolgen die uit het bewijs kunnen of moeten worden afgeleid (bv. gebondenheid aan de beschikking, juistheid van de verklaring tot tegenbewijs, vermoede feiten, enz.).<sup>116</sup>

**66.** *Toekennen van een gelijke bewijswaarde* – Een eerste reeks overeenkomsten strekt ertoe om aan de nieuwe technologieën eenzelfde bewijswaarde toe te kennen als aan de klassieke bewijsmiddelen. Op dat vlak is de grens met de overeenkomsten die voorzien in de versoepeling van de wettelijke regels met betrekking tot de bewijsmiddelen flinterdun (cf. *supra* nr. 58), zoals blijkt het volgende voorbeeld: “*De Bank kan aan haar cliënten en aan derden het bewijs leveren van alle rechtshandelingen door overlegging van hetzij originele documenten, hetzij fotografische, microfotografische, magnetische, elektronische of optische afschriften, alsook doorslagkopieën. Deze informatiedragers worden geacht dezelfde bewijswaarde te hebben als de originele stukken.*”<sup>117</sup>

**67.** *Toekennen van een afdoende bewijswaarde* – Daarnaast bestaan er clausules die een afdoende of absolute bewijswaarde toekennen aan bepaalde soorten van bewijs. Dat betekent concreet dat het voldoende is dat één partij dergelijk bewijsmateriaal naar voor brengt, om de waarachtigheid van zijn aanspraken aan te tonen. Het volgende voorbeeld is daar een illustratie van: “*De uitvoering van de aan de bank gegeven opdrachten wordt voldoende bewezen door de vermelding van de verrichting op het rekeningafschrift, ongeacht de wijze waarop dat ter beschikking wordt gesteld. Andere bewijsmiddelen moeten niet worden verstrekt.*”<sup>118</sup>

<sup>113</sup> B. ALLEMEERSCH, “Controversiële bewijzen in handelszaken” in B. TILLEMANS en E. TERRYNS (eds.), *Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 659, nr. 801.

<sup>114</sup> A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 118.

<sup>115</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 51, nr. 28 en D. MOUGENOT, *Droit des obligations : la preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 75,

<sup>116</sup> M.E. STORME, “De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetbepalingen”, *RW* 2000-01, (1505) 1506, nr. 28.

<sup>117</sup> Art. I.35.1 Algemene Bankvoorwaarden KBC-Bank.

<sup>118</sup> Art. I.35.3 Algemene Bankvoorwaarden KBC.

Dergelijke clauses hebben een grote invloed op de uitkomst van een geschil, omdat ze de rechter begrenzen in zijn vrije bewijswaardering.<sup>119</sup> In het Belgische recht hebben in beginsel slechts een beperkt aantal bewijsmiddelen een wettelijke bewijswaarde (namelijk het schriftelijk bewijs, de wettelijke vermoedens en de bekentenis), wat betekent dat ze een volledig bewijs opleveren en dat de rechter verplicht is ze te aanvaarden.<sup>120</sup> Alle andere bewijsmiddelen hebben een zogenaamde ‘vrije bewijswaarde’, die soeverein geapprecieerd wordt door de rechter op basis van zijn innerlijke overtuiging.<sup>121</sup> Afhankelijk van het geval kan hij geen of meer geloofwaardigheid aan het ene of andere bewijsmiddel hechten.<sup>122</sup> Wanneer partijen nu overeenkomen dat bepaalde bewijselementen afdoende zijn, worden die eigenlijk tot hetzelfde niveau verheven als middelen met een wettelijke bewijswaarde. De rechter is dan verplicht om die als voldoende bewijs te aanvaarden, zodat zijn soevereine appreciatiebevoegdheid wordt uitgeschakeld.

Omwillen van die verregaande gevolgen is er in Frankrijk heel lang getwijfeld over de toelaatbaarheid van overeenkomsten met betrekking tot de bewijswaarde. In 1989 besliste het Franse Hof van Cassatie echter dat de rechters niet mogen oordelen dat bepaalde naar voor gebrachte bewijzen ontoereikend zijn om hun mening te vormen, wanneer partijen ze via een de overeenkomst wel als voldoende hadden aangemerkt.<sup>123</sup>

#### §4. De overeenkomst met betrekking tot de bewijskracht

**68.** *Bewijskracht* - Heel wat clauses in de algemene voorwaarden van banken en nuts- en telecombedrijven bevatten de term ‘bewijskracht’, zoals bijvoorbeeld “*Deze prijs wordt vastgelegd door het registratiesysteem van de technische apparatuur van de telefonie-operator, waarvan de rapporten bewijskracht hebben*”<sup>124</sup> en “*Behoudens door de klant aangevoerd tegenbewijs, heeft een kopie of een reproductie van het document dezelfde bewijskracht als het origineel.*”<sup>125</sup>

**69.** *Bewijskracht versus bewijswaarde* - Aangezien voormelde clauses grote gelijkenis vertonen met degene die de bewijswaarde regelen, dienen de twee begrippen duidelijk tegenover elkaar te worden afgelijnd. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie is de bewijskracht van een akte het respect dat men moet hebben voor wat bij geschrift is vastgesteld, voor hetgeen de auteurs erin willen vastleggen, ongeacht de bewijswaarde die

<sup>119</sup> G.-L. BALLON, “Bewijsclauses” in G.-L. BALLON *et. al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clauses*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, 503.

<sup>120</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 51, nr. 29.

<sup>121</sup> Wat betekent dat een rechter een feit als bewezen kan aannemen vanaf het ogenblik dat hij persoonlijk meent te weten dat het om de waarheid gaat, zolang hij de bewijskracht van de aangebrachte bewijselementen respecteert. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 184, nr. 275 en B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 463, nr. 161.

<sup>122</sup> W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 669-670.

<sup>123</sup> Cass. fr. (1<sup>e</sup> k.) 8 november 1989, *Bull.civ.* I, n<sup>o</sup> 342, 230, *D.* 1990, 369, *JCP* 1990, II, 21576, noot G. VIRASSAMY.

<sup>124</sup> Art. 48 Algemene Voorwaarden Belgacom.

<sup>125</sup> Art. 22 Algemene Bankvoorwaarden BNP Fortis Paribas.

eraan kan of moet gehecht worden<sup>126</sup> De bewijskracht wordt geschonden wanneer de rechter iets anders uit afleidt uit een akte dan wat er letterlijk in staat.<sup>127</sup>

Een strekking in de rechtsleer verdedigt het gebruik van de term ‘bewijskrachtclausules’. Men omschrijft bewijskracht als de mate van deugdelijkheid van een bewijsmiddel om de aangevoerde rechtsfeiten en rechtshandelingen aan te tonen<sup>128</sup>, wat eigenlijk neerkomt op de definitie van de bewijswaarde (cf. *supra* nr. 65). Een afwijking van de bewijskracht in de betekenis zoals hierboven beschreven, lijkt niet mogelijk. Een rechtszoekende kan immers cassatieberoep instellen om de fundamentele waarborg van het respect voor de bewijskracht van een akte te doen naleven.<sup>129</sup> Bijgevolg verdient het aanbeveling om overal de term ‘bewijswaarde’ te gebruiken. De onenigheid over het gebruik van de twee begrippen is waarschijnlijk ingegeven door het Nederlandse recht, waar men ook spreekt van bewijskrachtclausules.<sup>130</sup>

## Afdeling 2. De controle op geoorloofdheid van bewijsovereenkomsten en bewijsclausules

**70.** *Controle op de geoorloofdheid van conventionele afwijkingen* - Uit het voorgaande deel werd duidelijk dat partijen door middel van bewijsovereenkomsten en bewijsclausules het bewijsvoeringsproces in grote mate kunnen sturen en zelfs de evaluatie door de rechter grondig kunnen beïnvloeden. Toch zijn de mogelijkheden van de wilsautonomie van de partijen niet onbeperkt en zal de rechter een controle kunnen uitoefenen op de geoorloofdheid van de conventionele afspraken. In de eerste plaats kan de rechter nagaan of de conventionele afwijkingen van het bewijsrecht wel conform zijn met de materieelrechtelijke regels van dwingend recht of openbare orde (A.). Daarnaast kan de rechter ook op basis van de algemene beginselen van het procesrecht beperkingen opleggen aan overeenkomsten die afgesloten worden tussen procespartijen (B.). Ten slotte moet de uitoefening van bewijsovereenkomsten, net zoals elk contractueel recht, onderworpen worden aan de controle op rechtsmisbruik (C.).

### §1. Inbreuk op materieelrechtelijke regels van dwingend recht of openbare orde

**71.** *Focus op drie groepen* - In deze bijdrage focussen we op drie groepen van regels die het meest courant en omstreden zijn, namelijk de bepalingen uit het burgerlijk wetboek, de regelgeving met betrekking tot de marktpraktijken en het recht van toepassing op de

<sup>126</sup> F. DUMON, “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten”, *RW* 1978-79, (257) 257, nr. 27.

<sup>127</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 52. Zie ook Cass. 10 december 2012, nr. C.12.0280.N.

<sup>128</sup> G.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 18; G.-L. BALLON, *De wet marktpraktijken: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 163 en G.-L. BALLON, “Bewijsclausules” in G.-L. BALLON *et. al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, 499.

<sup>129</sup> B. MAES, “Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekening bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *P&B* 1995, (141) 141 en B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 54.

<sup>130</sup> B.T.M. VAN DER WIEL, “De Bewijsovereenkomst”, *WPNR* 2002, (221) 223.

verzekeringssector. Daarnaast bestaan er nog talrijke andere wettelijke bepalingen die vaak expliciet een verbod inhouden om van het bewijsrecht af te wijken, zoals artikel 7, § 4 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, artikel 8, § 2 van de wet 17 juli 2002 betreffende transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen en art. 61, 3° van de wet van 10 september 2009 betreffende de betalingsdiensten.

### A. Het burgerlijk wetboek

**72.** *Geen expliciet verbod op conventionele afwijkingen* - In ons burgerlijk wetboek is er nergens een verbod opgenomen om overeenkomsten af te sluiten met betrekking tot het bewijsrecht. Toch moet er rekening worden gehouden met artikel 6 BW, dat bepaalt dat er door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk kan gedaan worden aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen. Daaruit vloeit voort dat partijen geen overeenkomsten kunnen sluiten over de bewijsvoorschriften die van dwingend recht of openbare orde zijn.

Daarnaast zorgt artikel 6 BW er ook voor dat bepaalde ‘vermomde’ bewijsbedingen, zoals bijvoorbeeld exonerationbedingen (cf. *supra* 53), getoetst kunnen worden op hun conformiteit met de regels van het burgerlijk wetboek. Een voorbeeld daarvan is het beding dat “*de luchtvaartmaatschappij de nodige inspanning moet leveren om de reizigers die een vlucht geboekt hebben een effectieve plaats in het vliegtuig te garanderen*”. Door de herkwalificatie van een resultaats- in een middelenverbintenis, verhoogt de bewijslast van de passagier, aangezien die nu moet aantonen dat de luchtvaartmaatschappij niet alle middelen heeft aangewend om een plaats voor hem te voorzien. Tevens vormt dit beding evenwel ook een exonerationbeding. Bijgevolg is de regelgeving inzake exonerationbedingen van toepassing. In zo’n geval biedt het verbod op de uitholling van een overeenkomst, die stelt dat men zich niet tegelijkertijd mag verbinden en bevrijden van elke aansprakelijkheid, een oplossing.<sup>131</sup> Die theorie wordt immers in ruime zin geïnterpreteerd door het Hof van Cassatie.<sup>132</sup>

**73.** *Vormvoorschriften schuldbekentenissen* - Voor eenzijdige schuldbekentenissen mag niet worden afgeweken van artikel 1326 BW. Dat artikel schrijft voor dat een onderhandse belofte geheel eigenhandig door de ondertekenaar moet zijn geschreven of dat de ondertekenaar toch tenminste een ‘goed voor’ of ‘goedgekeurd voor’ moet hebben geschreven, waarbij de som geld of de hoeveelheid zaken voluit in letters is uitgedrukt (zie ook *supra*, nrs. 17-20). Deze bepaling is zowel ingegeven om cijfervervalsingen te bemoeilijken als om misbruiken met blanco handtekeningen op schuldbekentenissen tegen te gaan.<sup>133</sup> Die dubbele ratio legis gaat het openbaar belang aan, zodat de meerderheid in de

<sup>131</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 165-166, nr. 235.

<sup>132</sup> Antwerpen 7 maart 1995, *RW* 1995-96, 461; Luik 12 april 1995, *JLMB* 1996 en Gent 20 mei 1999, *TBBR* 2000, 320.

<sup>133</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 172-173, nr. 234.

rechtsleer van mening is dat artikel 1326 BW van openbare orde is.<sup>134</sup> In ieder geval is men het erover eens dat de beschermingsregel nutteloos zou worden, indien het voor een gewetenloze schuldeiser zou volstaan om in een overeenkomst een afwijkende clause op te nemen die elke verdere betwisting zou uitsluiten.<sup>135</sup>

**74. *Tegenbewijs tegen authentieke vermeldingen*** - Er zou door een overeenkomst tussen de partijen ook geen afbreuk mogen gedaan worden aan artikel 1319 BW. Ingevolge dat artikel kunnen de vermeldingen in een akte die met de authenticiteit gedekt zijn, enkel door middel van een procedure van valsheid in geschrifte hun bewijswaarde verliezen.<sup>136</sup> Dat betekent dat de oorsprong van de handtekening en de persoonlijke vaststelling van de openbare ambtenaar op geen enkele andere wijze kunnen worden aangevochten.<sup>137</sup> Het tegenbewijs tegen de waarachtigheid van de verklaringen die de partijen hebben afgelegd voor de openbare mandataris, is daarentegen wel vatbaar voor conventionele afspraken tussen de partijen.<sup>138</sup>

**75. *Tegenbewijs tegen onweerlegbare vermoedens*** - Daarnaast zouden partijen geen afspraken kunnen maken over de draagwijdte van art. 1352, lid 2 BW, dat bepaalt dat geen tegenbewijs kan worden geleverd tegen wettelijke onweerlegbare vermoedens, behalve met bekentenis of eed.<sup>139</sup> Een typisch voorbeeld daarvan is het vermoeden van bevrijding uit artikel 1282 BW. Een clause die bepaalt dat de schuldeiser de niet-nakoming van de schuld met alle middelen van recht mag bewijzen, niettegenstaande de vrijwillige afgifte aan de schuldenaar van de originele onderhandse akte waarin de schuldvordering is opgenomen, is dan ook nietig.<sup>140</sup>

**76. *Niet ter vrije beschikking van de partijen*** - Ten slotte merken nog enkele auteurs op dat het gegeven dat de bekentenis geen zaken mag betreffen waarover men niet kan beschikken ook van openbare orde is.<sup>141</sup> In het buitenland veralgemeent men dat verbod eigenlijk in het kader van bewijsovereenkomsten. Zo bepaalt artikel 153 van het Nederlands

<sup>134</sup> A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 120; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, II, Régime général de l'obligation - Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2010, 226 en S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 453, nr. 34.

<sup>135</sup> O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 116.

<sup>136</sup> A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121 en S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 453.

<sup>137</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 247.

<sup>138</sup> O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 117.

<sup>139</sup> A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121.

<sup>140</sup> S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 454, nr. 35.

<sup>141</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 42 en P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, II, Régime général de l'obligation - Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2010, 2226.

wetboek burgerlijke rechtsvordering dat “*overeenkomsten waarbij van het wettelijke bewijsrecht wordt afgeweken, buiten toepassing blijven, wanneer zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan.*” De parlementaire geschiedenis vermeldt als voorbeeld artikel 61 van de Nederlandse faillissementswet over het bewijs van aanbrengst van goederen buiten gemeenschap door de echtgenoot in geval van faillissement.<sup>142</sup> Ook in Frankrijk geldt een volledig verbod om bewijsovereenkomsten te sluiten over rechten waarover de partijen geen vrije beschikking hebben.<sup>143</sup>

## B. De marktpraktijkenwet

**77.** *Onrechtmatige bewijsbedingen* – Onder de marktpraktijkenwetgeving baseert de rechter zich voor de controle op de geoorloofdheid van bewijsclausules op artikel 74, 21° WMPC, dat bepaalt dat bedingen die “*de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze beperken of hem een bewijslast opleggen die normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust*” in elk geval onrechtmatig zijn. Dat artikel gaat zowel over bewijsmiddelen (a.) als over de bewijslast (b.). De wet handelspraktijken was veel minder omvattend met betrekking tot het bewijsrecht. Tot 2010 moesten partijen dan ook vaker hun toevlucht zoeken tot de algemene toetsingsnorm, die bedingen verbiedt die een kennelijk onevenwicht creëren tussen de rechten en plichten van de partijen (art. 31, § 1 van de toenmalige WHPC of artikel 2,28° van de WMPC).

### 1. De bewijsmiddelenovereenkomsten

**78.** *Wijziging van art. 32, 18° WHPC* - In vergelijking met de wet handelspraktijken is niet iedere beperking van bewijsmiddelen ten aanzien van consumenten verboden, maar moet er sprake zijn van ‘*een ongeoorloofde beperking*’. De parlementaire voorbereiding geeft weinig duiding bij die wetswijziging, maar vermeldt enkel dat de tekst werd aangepast om beter aan te sluiten bij die van Richtlijn 93/13/EG.<sup>144</sup> Bovendien is de wet marktpraktijken nu in lijn met de wet van 2 augustus 2002 betreffende misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen. Daarom besluit men dat de toevoeging van de woorden ‘*op ongeoorloofde wijze*’ inhoudelijk geen gevolgen heeft teweeggebracht.<sup>145</sup> Een meer ingrijpende verandering, die werd voorgesteld door de commissie bevoegd voor de hervorming van het consumentenrecht, is daarentegen niet opgenomen in de gewijzigde wetgeving, namelijk om “*de clausules die voor*

<sup>142</sup> A.I.M. VAN MIERLOO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK, *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, 399.

<sup>143</sup> V. DEPADT-SEBAG, “Les conventions sur la preuve” in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 22.

<sup>144</sup> MvT, *Parl. St.* Kamer 2009-10, nr. 52, 2340/001, 72.

<sup>145</sup> R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010”, *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 2.

effect hebben dat ze de beschikbare bewijsmiddelen van de onderneming doen toenemen” ook onrechtmatig te verklaren.<sup>146</sup>

**79. Het beperken van bewijsmiddelen** - In principe kan een consument ingevolge artikel 25 W.Kh. tegen een handelaar-verkoper het bewijs leveren met alle mogelijke middelen van recht. Indien een clause aan de cliënt een schriftelijk bewijs zou opleggen, kan dat een niet toegelaten beperking van de hem ter beschikking staande bewijsmiddelen uitmaken.<sup>147</sup> Wel zal de rechter sinds de invoering van de wet marktpraktijken moeten nagaan of er geen objectieve verantwoording bestaat voor die maatregel.<sup>148</sup>

Een illustratie van een beperking van bewijsmiddelen is een vonnis van de vrederechter van Tongeren van 8 april 2004, waar de volgende clause aan de kaak werd gesteld: “*de huurder is enkel bevrijd van aansprakelijkheid na de ondertekening van de controlekaart van de verhuurde motorhome door de verhuurder.*”<sup>149</sup> De nakoming van de door de consument aangegane verbintenissen kon dus alleen worden geleverd met door de verkoper opgestelde documenten, wat in strijd is met de consumentenbescherming.<sup>150</sup>

Gelijkaardig is het beding dat voorschrijft dat “*het bewijs van de overmakingsopdracht uitsluitend geleverd kan worden aan de hand van de registraties op de journaalrol.*” In dat geval is het niet langer mogelijk om het tegenbewijs te leveren met alle middelen van recht.<sup>151</sup> Bepaalde auteurs hebben wel bedenkingen bij het praktische nut van die mogelijkheid, wanneer het tegenbewijs moet worden geleverd tegen informaticasystemen die op punt zijn gezet door de handelaars-verkopers.<sup>152</sup> In ieder geval zijn de clauses die bepalen dat het bewijs ‘*in eerste instantie*’ geleverd wordt aan de hand van gegevens die in het bezit zijn van de onderneming niet in strijd met artikel 74, 21° WMPC.<sup>153</sup>

<sup>146</sup> O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 126.

<sup>147</sup> A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 122, S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 454, D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile - Chronique de Jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, (593) 594; O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 125 en R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010”, *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 3.

<sup>148</sup> G.-L. BALLON, *De wet marktpraktijken: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 163 en G.L. BALLON en K.J. VANDORMAEL, “Creatief met factuurvoorwaarden” in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 24-25.

<sup>149</sup> Vred. Tongeren 8 april 2004, *Limb. Rechtsl.* 2004, 187.

<sup>150</sup> H. VAN GOMPEL, “De onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C.: een (eerder onbekende?) uitweg voor de consument”, *Limb. Rechtsl.* 2004, (193) 195 en A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 122.

<sup>151</sup> R. STEENNOT, *Financiële diensten op afstand*, Brussel, Larcier, 2006, 162 en M. TISON, “Virtuele financiële dienstverlening (E-Banking en E-Trading): een transactionele benadering” in K. BROECKX, B. CLAESSENS en D. COUNYE (eds.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, (285) 289.

<sup>152</sup> O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 137.

<sup>153</sup> R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010”, *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 4.



**80.** *Het beperken van de bewijswaarde* - In het gemeen recht worden voor het bewijs van rechtshandelingen een aantal bewijsmiddelen gedefinieerd, wat meteen impliceert dat de wet daaraan bewijswaarde toekent. Indien een clause aan een in aanmerking komend bewijsmiddel elke bewijswaarde ontzegt, of de bewijswaarde drastisch beperkt, is de rechtsleer het er over eens dat een beroep kan worden gedaan op art. 74, 21° WMPC.<sup>154</sup> Het ontzeggen van elke bewijswaarde aan een bepaald bewijsmiddel is immers gelijk aan het uitsluiten ervan, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld: “*het ticket dat wordt afgeleverd bij een geldafhaling aan een automatisch loket heeft geen enkele bewijswaarde.*”<sup>155</sup>

De vraag is veel complexer wanneer een beding van voorrang ervoor zorgt dat de gelijkwaardigheid tussen twee bewijsmiddelen wordt doorbroken in het nadeel van de consument.<sup>156</sup> Een illustratie daarvan uit de banksector is: “*In geval van een verschil tussen de door de cliënt afgedrukte rekeningafschriften en de door de bank aangemaakte rekeningafschriften (duplicaten), hebben deze laatste, gebaseerd op de rekeninggegevens zoals zij voorkomen in de boeken en op de journaalbanden (loggings) van de bank, de voorrang en vormen zij het formele bewijs van de door de cliënt gedane verrichtingen.*”<sup>157</sup> Eenzelfde voorbeeld uit de energiesector: “*De gegevens van de Netbeheerder hebben in elk geval voorrang.*”<sup>158</sup>

De meerderheid van de rechtsleer meent dat bedingen die bepalen aan welk bewijsmiddel de hoogste bewijswaarde moet worden toegekend, niet vallen onder het verbod van artikel 74, 21° WMPC, op voorwaarde dat de consument de mogelijkheid heeft om het tegenbewijs te leveren met alle middelen van recht.<sup>159</sup> Dat artikel moet volgens hen op restrictieve wijze worden geïnterpreteerd, aangezien het een afwijking vormt van het beginsel van de wilsautonomie.<sup>160</sup> Dat de consument er in de praktijk in bepaalde gevallen *de facto* bijna onmogelijk zal kunnen in slagen aan de hand van andere bewijsmiddelen het tegenbewijs te leveren, doet daar geen afbreuk aan.<sup>161</sup> Toch verzet ook een minderheid van de auteurs zich

<sup>154</sup> G.-L. BALLON, *De wet marktpraktijken: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 162-163 en M. TISON, “Virtuele financiële dienstverlening (E-Banking en E-Trading): een transactionele benadering” in K. BROECKX, B. CLAESSENS en D. COUNYE (eds.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, (285) 289.

<sup>155</sup> S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 455, vn. 85.

<sup>156</sup> Ibid. 455, nr. 36.

<sup>157</sup> Art. I.35.3 algemene voorwaarden KBC-bank.

<sup>158</sup> Art. 5.3 algemene voorwaarden Luminus.

<sup>159</sup> R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010”, *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 3, D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile - Chronique de Jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, (593) 594; J.P. BUYLE, “La preuve et le coût du paiement”, *Rev.dr.ULB* 1993, (149) 184 en E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de Wet Handelspraktijken”, *RW* 1991-92, (562) 570.

<sup>160</sup> O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 125.

<sup>161</sup> R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010”, *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 4.

daartegen, omdat een beding van voorrang het tegenbewijs met alle middelen per definitie beperkt.<sup>162</sup>

**81.** *Overeenkomsten gesloten buiten de onderneming* – Artikel 60 WMPC bevat nog een specificatie voor overeenkomsten gesloten buiten de onderneming van de verkoper. Onverminderd de gemeenrechtelijke voorschriften inzake het bewijs moeten de verkopen aan de consument, op straffe van nietigheid, het voorwerp uitmaken van een geschreven overeenkomst opgemaakt in zoveel exemplaren als er contracterende partijen met een onderscheiden belang zijn. Uit de sanctie van de nietigheid volgt dat deze bepaling een dwingendrechtelijke regeling van het schriftelijk bewijs inhoudt, waarvan bij overeenkomst niet mag worden afgeweken in het nadeel van de consument.<sup>163</sup>

## 2. De bewijslastovereenkomsten

**82.** *Niet in artikel 32, 18° WHPC* - De sanctionering van bewijslastovereenkomsten was niet opgenomen in artikel 32, 18° van de wet handelspraktijken. In 2001 weigerde het hof van beroep van Gent dan ook over te gaan tot het nietig verklaren van “*een contractuele regeling die de bewijslast van aan de bank gegeven beursorders bij de opdrachtgever legt.*”<sup>164</sup> Voor 2010 kon een onrechtmatige bewijsovereenkomst dus enkel aangevochten worden op basis van de algemene norm van het kennelijk onevenwicht (cf. *infra* nr. 88).<sup>165</sup>

**83.** *Ongeoorloofde bewijslastovereenkomsten* – Er is sprake van een ongeoorloofde bewijslastclausule wanneer men de consument verplicht het bewijs te leveren van het feit dat de verkoper niet aan zijn leveringsverplichting heeft voldaan, want normaliter komt die bewijslast aan hem niet toe. Een beding dat bepaalt dat de consument het bewijs dient te leveren van de betaling is daarentegen wel toegelaten, aangezien ook bij toepassing van het gemeen recht de consument deze bewijslast draagt.<sup>166</sup>

De toetsingsnorm van artikel 74, 21° WMPC omvat niet alleen bedingen die expliciet de bewijslast regelen, maar ook degene die er onrechtstreeks een invloed op hebben (cf. *supra* nrs. 52 en 53). Een auteur schreef in 2007 dat dergelijke bewijsclausules (zoals de bewijslastomkerende vermoedens) niet steeds als dusdanig worden herkend en riep dan ook op om met een meer kritische blik te kijken naar de in de praktijk gebruikte clausules.<sup>167</sup>

<sup>162</sup> S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 455-456 en G.L. BALLON en K.J. VANDORMAEL, “Creatief met factuurvoorwaarden” in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 25.

<sup>163</sup> A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 123.

<sup>164</sup> Gent (7<sup>e</sup> k.) 13 december 2001, *Bank. Fin. R.* 2002, afl. 3, 167, noot S. DEJONGHE.

<sup>165</sup> O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 128.

<sup>166</sup> R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 74, 21° wet 6 april 2010”, *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 4.

<sup>167</sup> S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 458, nr. 41.

Dat is in ieder geval gebeurd in een vonnis van de vrederechter van Zomergem van 14 maart 2008, waarin de rechter een oordeel moest vellen over een beding in de huurovereenkomst van een mobilhome die bepaalde dat “*De huurder erkent formeel aansprakelijk te zijn voor alle schade aan de mobilhome die hierboven niet werd aangegeven en vastgesteld bij inlevering van het voertuig.*”<sup>168</sup>

De vrederechter overwoog dat krachtens art. 1732 BW de huurder aansprakelijk is voor de beschadigingen of verliezen die gedurende zijn huurtijd zijn ontstaan, tenzij hij bewijst dat die buiten zijn schuld hebben plaatsgehad. Toch is het onder het gemene recht in de eerste plaats aan de verhuurder om het bestaan van huurschade te bewijzen. Door het beding hoopte de verhuurder zich dus hiervan te bevrijden, wat de rechter in strijd vond met de open toetsingsnorm van het kennelijk onevenwicht van het toenmalige artikel 31, §1 WHPC.<sup>169</sup> Tegenwoordig zou de rechter gewoon artikel 74, 21° kunnen invoeren.

**84.** *Overeenkomsten op afstand* – Artikel 56, lid 2 WMPC past het verbod van artikel 74, 21° WMPC nog eens uitdrukkelijk toe op overeenkomsten op afstand. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat het aan de onderneming toekomt om het bewijs te leveren dat ze heeft voldaan aan de verplichtingen inzake de informatie aan de consument, de naleving van de termijnen, de toestemming van de consument met het sluiten van de overeenkomst en, in voorkomend geval, met de uitvoering ervan gedurende de herroepingstermijn. De bedingen en voorwaarden, of de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken de bewijslast voor de naleving van alle of een deel van die verplichtingen op de consument te leggen, zijn verboden en nietig.

### C. De wet landverzekeringsovereenkomst

**85.** *De bewijslast bij gronden van uitsluiting of verval* - De bewijsafspraken in verzekeringscontacten gaan vaak over een uitdrukkelijke regeling van de bewijslastverdeling in geval van discussie over de toepasselijkheid van één van de gronden van uitsluiting of verval.<sup>170</sup> Een van de meest voorkomende toepassingsgevallen gaat over een automobilist die een ongeval veroorzaakt en bij wie er een te hoog alcoholgehalte in zijn bloed wordt gevonden. De algemene voorwaarden van de autoverzekering bevatten heel vaak het beding dat er geen tussenkomst is van de verzekering wanneer het schadegeval zich voordoet terwijl de verzekerde zich bevindt in staat van dronkenschap “*tenzij wordt aangetoond dat er geen verband bestaat tussen het schadegeval en de staat van de verzekerde.*”<sup>171</sup> De vraag rijst dan ook of de rechter zo’n overeenkomst mag toepassen of dat er sprake is van een inbreuk op een regel van dwingend recht.

<sup>168</sup> Vred. Zomergem 14 maart 2008, RW 2009-10, 939.

<sup>169</sup> Ibid. 939-939.

<sup>170</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, II, Régime général de l'obligation - Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2010, Brussel, Bruylant, 2010, 2244 en M. FONTAINE, “La charge de la preuve des exclusions en droit des assurances”, *TBBR* 2009, (209) 209.

<sup>171</sup> Zoals in art. 3.4, e) van de algemene voorwaarden van de Ethias autoverzekering en in art. 6, e) van de Belfius Car aansprakelijkheidsverzekering.

**86.** *Cassatierechtspraak over de bewijslastverdeling bij verzekeringen* – Voorafgaandelijk verdient het aanbeveling om deze problematiek te kaderen in de bredere context van de bewijslastverdeling bij uitsluiting of verval van de verzekeringsdekking. Uitsluitingen hebben betrekking op gebeurtenissen die aanleiding geven tot de niet-dekking, omdat deze gebeurtenissen zich buiten het toepassingsgebied van de verzekering bevinden. Wanneer er daarentegen sprake is van verval, valt de gebeurtenis die het schadegeval heeft veroorzaakt in principe wel binnen het werkingsveld van de verzekeringsdekking, doch zal de verzekerde geen dekking genieten, omdat hij tekortgeschoten is in de naleving van een in de polis opgelegde verplichting.<sup>172</sup> Het onderscheid tussen beide is in de praktijk echter niet steeds even duidelijk, inzonderheid bij bedingen die de gevolgen van een schadegeval bij alcoholintoxicatie regelen. Nochtans is het verschil tussen beide determinerend voor de verdeling van de bewijslast.<sup>173</sup>

Wat betreft de uitsluiting van de dekking, is het sinds 1965 en 1978 gevestigde rechtspraak van het Hof van Cassatie dat het aan de verzekerde toekomt om niet alleen het bewijs van schade te leveren, maar ook om aan te tonen dat de gebeurtenis die daartoe aanleiding heeft gegeven, gedekt was door het verzekeringscontract.<sup>174</sup> Een overeenkomst die de verzekerde de taak geeft om te bewijzen dat de oorzaak van het ongeval niets met zijn dronkenschap te maken heeft, is op het eerste zicht in lijn met die jurisprudentie. Ten gevolge van zo'n clause moet de verzekerde aantonen dat het opgetreden risico door het contract was gedekt en er dus niet door was uitgesloten.

Daarnaast bestaat er ook vaste rechtspraak met betrekking tot het verval van de dekking die stelt dat wanneer een verzekeraar weigert om een schadegeval uit te betalen, de verzekeraar zelf de bewijslast draagt om de grove schuld van de verzekerde aan te tonen.<sup>175</sup> Indien een clause dus enkel bepaalt dat “*de dekking niet wordt verleend aan de verzekerde, wanneer de behoefte aan hulpverlening voortvloeit uit een schadegeval in staat van alcoholintoxicatie van meer dan 0,8 g/l bloed of dronkenschap*”<sup>176</sup>, dan komt het aan de verzekeraar toe om het

<sup>172</sup> MvT bij wet 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *Parl.St.* Kamer 1990-91, nr. 1586/1, 19-23 en H. KEULERS, “Art. 11. Geheel of gedeeltelijk verval van het recht op verzekeringsprestatie” in G. JOCQUÉ en B. WEYTS (eds.), *Wet en duiding Economisch recht III: verzekeringen*, Brussel, Larcier, 2013, (35) 36.

<sup>173</sup> L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 638 en G. JOCQUÉ, “Opzettelijk veroorzaakte schade: geen uitsluiting, maar verval van recht”, (noot onder Cass. 7 juni 2001), *RW* 2001-02, (890) 891.

<sup>174</sup> Cass. 19 februari 1965, *Pas.* 1965, I, 628 en *De Verz.* 1965, 655, noot R.V.G.; Cass. 20 april 1978, *Arr.Cass.* 1978, 960, *Pas.* 1978, I, 950, *JT* 1978, 578, *RABG* 1978, 631, noot M. COIPEL, *RCJB* 1980, 210, noot M. FONTAINE, *RGAR* 1979, nr. 10.071, noot J. FAGNART, *RW* 1978-79, 489, *De Verz.* 1984, 95, noot J.R.; Cass. 5 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 19, *Pas.* 1995, 19, *T.Verz.* 1996, 605, noot, *JLMB* 1996, 336, *RGAR* 1999, nr. 13.058, *RW* 1995-96, 29, *Verkeersrecht* 1995, 225; Cass. 13 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, 310, *Pas.* 1998, I, 333 en *RHA* 1999, 101; Cass. 25 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, afl. 3, 484, *Pas.* 2000, afl. 3, 478, *JLMB* 2001, afl. 26, 1112, *TBBR* 2001, 169, *TBH* 2001, 455, noot J.L.; Cass. 17 november 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 11, 2285, *Pas.* 2005, 2284, *NJW* 2006, afl. 142, 409, *TBH* 2006, afl. 7, 757, noot C. VAN SCHOUBROECK, *P&B* 2006, afl. 1, 20, *T.Verz.* 2006, afl. 3, 320.

<sup>175</sup> Cass. 7 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1111, *Pas.* 2001, 1073, *Eur.Vervoerr.* 2005, 823, *JLMB* 2001, 1117, *RCJB* 2003, 5, noot M. FONTAINE, *RW* 2001-02, 890, noot G. JOCQUÉ; Cass. 18 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 212, concl. HENKES, *Pas.* 2002, 201, *Eur.Vervoerr.* 2005, 831, concl. HENKES, noot M. FONTAINE, *JT* 2002, 322, noot, *RGAR* 2003, 13.659; Cass. 2 april 2004, *Pas.* 2004, 567.

<sup>176</sup> Zoals in art. 3 van de Axa-autoverzekering.

causaal verband te bewijzen tussen de grove fout van de verzekerde en het ontstaan van de schade.<sup>177</sup> In die optiek vloeit een contractueel beding dat de bewijslast van de afwezigheid van oorzakelijk verband bij de verzekerde legt, niet zomaar voort uit de heersende rechtspraak.

**87.** *Twee recente Cassatiearresten over een bewijslastbeding* - Twee recente arresten van het Hof van Cassatie, respectievelijk van 12 oktober 2007 en 13 september 2010, handelen specifiek over verzekeringscontracten waarin een clause werd opgenomen die bepaalde dat het aan de verzekerde toekwam om het bewijs te leveren dat er geen oorzakelijk verband bestond tussen de staat van dronkenschap van de bestuurder en het ongeval. Het complexe aan die arresten was dat het Hof van Cassatie meende dat er een onderling verband bestond tussen de artikelen 8, lid 2 en 11 van de wet landverzekeringsovereenkomst en ze dus samen betrokken in zijn beoordeling.<sup>178</sup>

**88.** *De bewijslastclause als onrechtmatig beding* - In 2007 moest het Hof van Cassatie uitspraak doen over een zaak waarin de feitenrechter op basis van het toenmalige artikel 31 van de Wet Handelspraktijken had geoordeeld dat zo'n bewijslastclause een kennelijk onevenwicht creëerde tussen de rechten en verplichtingen van de partijen. De rechter had het beding nietig verklaard op basis van de overweging dat de verzekerde anders een negatief bewijs ten aanzien van het oorzakelijk verband tussen de intoxicatie en het ongeval moest leveren, daar waar een positief bewijs veel gemakkelijker kon worden geleverd. Het Hof van Cassatie verbrak dat arrest niet en oordeelde dat de feitenrechter op basis van de door hem gedane vaststellingen wettig kon besluiten tot een manifest onevenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen.<sup>179</sup>

Dat arrest van 12 oktober 2007 werd nadien sterk bekritiseerd om een aantal inhoudelijke redenen. Een eerste argument was dat het bewijslastbeding wel degelijk overeenstemde met de theorie van de bewijsgeschiktheid<sup>180</sup> en dus helemaal niet kennelijk onevenredig was. De verzekerde die het voertuig bestuurt op het moment van het ongeval is immers het best geplaatst om te weten en om aan te tonen dat het ongeval veroorzaakt is door een vreemde oorzaak, anders dan zijn alcoholintoxicatie.<sup>181</sup> Bovendien vermeldde het arrest zelf dat “*het algemeen bekend is dat zelfs wanneer een bestuurder door het gebruik van alcohol niet de controle over zijn handelingen verliest, het wel zijn reactiesnelheid doet vertragen*” en dat er daarom “*een heel sterk vermoeden bestaat dat de alcoholintoxicatie een rol gespeeld heeft in*

<sup>177</sup> Pol. Luik 17 februari 2010, VAV 2011, 312 en Pol. Brussel 26 maart 2012, *T.Pol.* 2012, 70.

<sup>178</sup> J. HAELTERMAN, “Uitsluiting of verval van dekking en bewijslast” in G. JOCQUÉ en B. WEYTS (eds.), *Wet en duiding Economisch recht III: verzekeringen*, Brussel, Larcier, 2013, (27) 28.

<sup>179</sup> Cass. 12 oktober 2007, VAV 2008, 98

<sup>180</sup> B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 127 en M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientica, 1962, 183-184 en J. LAENENS, “Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken” in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 294.

<sup>181</sup> J. KIRKPATRICK, “La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l'assuré conventionnellement exclue de l'assurance et le sinistre”, (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *RCJB* 2008, (542) 554, nr. 15.

*het ontstaan van het schadegeval*".<sup>182</sup> Bijgevolg kan men zich de vraag stellen of het dan zo onredelijk is om dat feit van algemene bekendheid als een conventioneel vermoeden te verankeren in een bewijslastbeding.<sup>183</sup>

Toch moet de draagwijdte van het arrest genuanceerd worden. De conclusie mag geenszins zijn dat iedere bewijslastclausule van dezelfde aard vanaf nu bij wijze van algemene regel nietig zou zijn.<sup>184</sup> Het Hof van Cassatie kon slechts een marginale controle uitoefenen en kon enkel nagaan of de rechter de wettelijke notie van "kennelijk onevenwicht" geschonden had.<sup>185</sup> Bovendien had het hof van beroep van Bergen in datzelfde jaar geoordeeld dat een gelijkaardige bewijslastovereenkomst geen onrechtmatig beding uitmaakte.<sup>186</sup> Anderzijds is er ook recentere rechtspraak te vinden die het arrest van het Hof van Cassatie van 12 oktober 2007 wel volgt.<sup>187</sup>

**89.** *De bewijslastclausule als strijdig met art. 8, lid 2 en 11 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst* - In 2010 besliste het Hof van Cassatie eveneens dat het beding in het verzekeringscontract volgens dewelke de verzekeraar het schadegeval niet verzekert wanneer de bestuurder zich in staat van alcoholintoxicatie bevindt "*toch zolang dat de verzekerde niet aantoont dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen die zware fout en het schadegeval*" geen enkel effect mag ressorteren.<sup>188</sup> In deze zaak baseerde het Hof zich evenwel niet meer op de onrechtmatige bedingenleer, maar oordeelde het dat het onverenigbaar is met de artikelen 8 en 11 van de Wet Landverzekeringsovereenkomst, die van dwingend recht zijn in het voordeel van de verzekerde, om de bewijslast van de afwezigheid van oorzakelijk verband op de verzekerde te leggen.

Die beslissing van 13 september 2010 is eveneens onderhavig geweest aan kritiek. De advocaat-generaal had in zijn conclusie aangegeven dat de wet landverzekeringsovereenkomst ingevolge art. 3 weliswaar van dwingend recht is, maar dat deze wet geen invloed heeft op de bewijslastverdeling met betrekking tot het causaal verband. De wet legt dus geen beperking op aan partijen om conventioneel overeen te komen over een specifiek regime met betrekking tot die bewijslastverdeling.<sup>189</sup>

Daarin wordt de advocaat-generaal bijgetreden door de rechtsleer, die steunt op een Franse theorie met betrekking tot de bewijslastverdeling, namelijk '*la preuve des faits générateurs du*

<sup>182</sup> Cass. 12 oktober 2007, *Pas.* 2007, 1785, *DCCR* 2008, 61, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUE, *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK, *TBH* 2008, 767, *VAV* 2008, 93.

<sup>183</sup> J. KIRKPATRICK, "La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l'assuré conventionnellement exclue de l'assurance et le sinistre", (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *RCJB* 2008, (542) 554, nr. 15.

<sup>184</sup> Concl. J.-M. GENICOT, bij Cass. 13 september 2010, *Pas.* 2010, 2241, *JT* 2010, 737, noot J. KIRKPATRICK, *JLMB* 2011, 2070 en *RGAR* 2011, nr. 14708.

<sup>185</sup> J. KIRKPATRICK, "La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l'assuré conventionnellement exclue de l'assurance et le sinistre", (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *RCJB* 2008, (542) 554, nr. 16.

<sup>186</sup> Bergen 18 april 2006, *JLMB* 2007, 429 en *De Verz.* 2007, 280.

<sup>187</sup> Pol. Brugge 21 januari 2010, *RW* 2012-2013, 552.

<sup>188</sup> Cass. 13 september 2010, *Pas.* 2010, 2241, *JT* 2010, 737, noot J. KIRKPATRICK, *JLMB* 2011, 2070 en *RGAR* 2011, nr. 14708.

<sup>189</sup> Concl. J.-M. GENICOT, bij Cass. 13 september 2010, nr. C.08.0314.F, 1.

*droit*'. Op basis van die theorie komt het aan de eiser toe om de feiten te bewijzen die aanleiding geven tot zijn recht, behalve in het geval dat hij daarvan is vrijgesteld door een wettelijke bepaling.<sup>190</sup> Uit artikel 8, lid 2 en 11 van de wet landverzekeringsovereenkomst zou zo'n impliciete vrijstelling kunnen worden afgeleid, aangezien die bepalingen voorzien in het omgekeerde van wat de eiser hoopt te bereiken, namelijk een vergoeding voor het schadegeval.<sup>191</sup> Op de vraag van wat nu precies van dwingend recht is in die bepalingen, komt men eveneens tot de vaststelling dat dit de regeling is met betrekking tot het de grove schuld van de verzekerde. De bewijslastverdeling die daar op basis van de theorie van '*la preuve des faits générateurs du droit*' uit voortvloeit is dat niet, zodat een conventionele afwijking betreffende het bewijs van het oorzakelijk verband mogelijk moet zijn.<sup>192</sup>

Het is dus nog steeds niet onbetwist dat bewijslastclausules zoals hierboven beschreven ongeoorloofd zouden zijn. Een auteur schreef na het arrest van 2007 dat verzekeraars er niet voor moeten terugschrikken een gelijkaardige clausule op te nemen, maar dat ze misschien nog moeten stipuleren dat "*het aan de verzekeraar toekomt om het bewijs van alcoholintoxicatie te leveren, maar eenmaal dit bewijs geleverd, het aan de verzekerde toekomt om aan te tonen dat er geen causaal verband is tussen de alcoholintoxicatie en het ongeval.*"<sup>193</sup> De vraag rijst of die visie nog vol te houden is. Beide arresten zijn immers uitgesproken voor de inwerkingtreding van de wet marktpraktijken, toen de dwingende regel van artikel 74, 21° WMPC over de verdeling van de bewijslast nog niet bestond.<sup>194</sup> Wanneer men op basis van de theorie '*la preuve des faits générateurs du droit*' tot de vaststelling komt dat de bewijslast van het oorzakelijk verband op de verzekeraar rust, zorgt zo'n clausule er immers voor dat de verzekerde een last moet dragen die normaliter aan de andere partij in de overeenkomst toekomt, wat ingevolge art. 74, 21° WMPC een onrechtmatig beding uitmaakt.

## **§2. Inbreuk op de algemene beginselen van het procedurerecht**

**90.** *Fundamentele principes van het procesrecht* - Bedingen mogen niet ingaan tegen fundamentele principes van het burgerlijk procesrecht, zoals het recht op toegang tot de rechter, het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter, het recht op een eerlijk proces of de principieel accusatoire procesvoering.<sup>195</sup>

**91.** *Oordelen op regelmatig voorgebrachte bewijzen* - De verplichting van de rechter om enkel te oordelen op grond van regelmatig voor hem gebrachte bewijzen wordt ook

<sup>190</sup> D. MOUGENOT, "La preuve: évolution et révolution" in P. WERY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brussel, Die Keure, 2004, (121) 125.

<sup>191</sup> J. KIRKPATRICK, "La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l'assuré conventionnellement exclue de l'assurance et le sinistre (suite)", (noot onder Cass. 13 september 2010), *JT* 2010, (738) 739, nr. 8.

<sup>192</sup> *Ibid.*, 740, nr. 13.

<sup>193</sup> J. KIRKPATRICK, "La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l'assuré conventionnellement exclue de l'assurance et le sinistre", (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *RCJB* 2008, (542) 556, nr. 19.

<sup>194</sup> Cf. *supra* nrs. 82-83.

<sup>195</sup> G.L. BALLON en K.J. VANDORMAEL, "Creatief met factuurvoorwaarden" in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 24.

beschouwd als een fundamenteel beginsel.<sup>196</sup> Partijen kunnen bijgevolg niet overeenkomen dat de rechter rekening mag houden met gegevens waarvan hij kennis heeft buiten de procedure om en zonder dat deze hem op regelmatige wijze, overeenkomstig de bewijsregels werden voorgelegd.<sup>197</sup> De enige uitzondering daarop is wanneer partijen nog vooraf de mogelijkheid zouden hebben gekregen om die gegevens tegensprekelijk te onderzoeken.<sup>198</sup>

In Frankrijk heeft het Hof van Cassatie daarentegen in 1911 de geldigheid van een clausule erkend waarbij de rechter gemachtigd werd om te oordelen naar zijn innerlijke overtuiging.<sup>199</sup> Er werd dus aan hem gevraagd om te oordelen als ‘een goed man’ naar billijkheid, een methode waar arbiters wel mee vertrouwd zijn.<sup>200</sup>

**92. Uitsluiting van tegenbewijs** - De clausule waarbij de mogelijkheid tot het leveren van het tegenbewijs contractueel wordt uitgesloten, wordt ook vaak als ongeoorloofd beschouwd.<sup>201</sup> Het recht op toegang tot de rechter, dat wordt beschouwd als een beginsel van openbare orde (art. 6 en 13 EVRM), wordt daardoor in gevaar gebracht, net als het recht op tegenspraak en de rechten van verdediging.

Een andere strekking meent dat er in dat geval geen sprake meer is van een bewijsovereenkomst, maar dat het dan gaat om een vaststellingsovereenkomst.<sup>202</sup> Ze baseert zich daarvoor op Nederland, waar artikel 7:900, lid 3 BW voorziet dat “*een bewijsovereenkomst met een vaststellingsovereenkomst gelijkstaat voor zover zij een uitsluiting van tegenbewijs meebrengt.*” In Nederland ligt het belang van het onderscheid in het feit dat de vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of een geschil ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht.<sup>203</sup>

In Frankrijk daarentegen roept men soms het adagium in dat “*nul ne peut se constituer de preuve à soi-même*” om tegen te gaan dat volledige bewijswaarde aan een middel wordt

<sup>196</sup> A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientica, 1962, 72, nr. 64; R. STEENNOT, *Financiële diensten op afstand*, Brussel, Larcier, 2006 162 en J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB*, (215) 240

<sup>197</sup> S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 452, nr. 30 en J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB*, (215) 239.

<sup>198</sup> M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientica, 1962, 71, nr. 66.

<sup>199</sup> V. DEPADT-SEBAG, “Les conventions sur la preuve” in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 18.

<sup>200</sup> G. DE LEVAL, “Principes généraux d'organisation judiciaire et de procédure” in G. DE LEVAL en B. TILLEMANN (eds.), *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (3) 30, nr. 59 en H.L.G. WIETEN, *Bewijs in Studiereeks burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 9.

<sup>201</sup> A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121

<sup>202</sup> M.E. STORME, “Kontraktuele Kontrolerechten en bewijsovereenkomsten” in L. CORNELIS en P. VAN OMMESLAEGHE (eds.), *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, Jeune Barreau en BVBJ, 1993, (57) 62; A.L. VERBEKE, N. HOEKX, N. CARETTE, et al., *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 115 en in zekere zin M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientica, 1962, 69, nr. 59.

<sup>203</sup> W.D.H. ASSER, *Bewijslastverdeling*, Deventer, Kluwer, 2004, 78 en C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbindenissenrecht 2: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2005, 26-27.



gehecht en dat tegenbewijs wordt uitgesloten. Op die manier wil men verhinderen dat de rechter zijn soevereine appreciatie niet meer zou kunnen uitoefenen.<sup>204</sup>

**93. Onredelijk verzwaren van tegenbewijs** - Een belangrijke vraag is ook wat er moet gebeuren wanneer er sprake is van een onredelijke verzwaring van de bewijslast, zonder dat de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs volledig wordt uitgesloten. Een partij zal daardoor vaak haar vorderingsrecht *de facto* verliezen. Een deel van de rechtsleer gaat ervan uit dat er dan een inbreuk is op het *ius agendi*, dat raakt aan de openbare orde, en eveneens een onredelijke beperking van de rechten van verdediging aan de orde is.<sup>205</sup> Andere auteurs menen dat de praktische quasi-onmogelijkheid de geldigheid van conventionele afwijkingen niet in gevaar kan doen brengen.<sup>206</sup>

### §3. Ongeoorloofde uitoefening van een bewijsovereenkomst

**94. Verbod op rechtsmisbruik** – Elk contractueel beding is vatbaar voor de controle op rechtsmisbruik, dus ook een bewijsbeding.<sup>207</sup> In die situatie gaat het om een clause die in beginsel geldig is, maar waarvan de uitoefening als onbillijk wordt ervaren. Op basis van het algemeen criterium moet de rechter dan nagaan of de titularis zijn contractueel recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.<sup>208</sup>

Van de gedachte van een toetsing op rechtsmisbruik van een bewijsbeding kunnen trouwens sporen gevonden worden in een arrest van het hof van beroep van Luik van 22 februari 2000 (cf. *supra* nr. 59), waarin het hof overweegt dat het gemeen recht volledig de wilsautonomie van de partijen erkent in het domein van het bewijsrecht, behoudens wettelijke uitzonderingen en onder voorbehoud van het vereiste van uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst.<sup>209</sup>

**95. Redelijkheid en billijkheid in Nederland** – In Nederland is de controle op de uitoefening van een bewijsovereenkomst al veel verder ontwikkeld. Zoals hoger vermeld (cf. *infra* 76), bepaalt artikel 153 van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering dat “overeenkomsten waarbij van het wettelijke bewijsrecht wordt afgeweken, buiten toepassing blijven, [...], zulks onverminderd de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijven.” Een van die gronden is artikel 6:248, lid 2 BW, dat bepaalt dat een overeenkomst niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

<sup>204</sup> V. DEPADT-SEBAG, “Les conventions sur la preuve” in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 24-25.

<sup>205</sup> G.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 15; S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 453, nr. 31 en G.-L. BALLON, “Bewijsclausules” in G.-L. BALLON *et. al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, 511.

<sup>206</sup> R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010”, *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 4.

<sup>207</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 66, vn. 142.

<sup>208</sup> Cass. 10 september 1971, *Arr.Cass.* 1972, 31, concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH; Cass. 19 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 1060 en Cass. 10 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1031, concl. THIJIS.

<sup>209</sup> Luik 22 februari 2000, *TBH* 2000, 504.

Deze niet toepasselijkheidsgrond kan in Nederland worden ingeroepen tegen een in beginsel geldige bewijsovereenkomst, wanneer de bescherming van het consumentenrecht niet van toepassing is. Een beding dat bijvoorbeeld bepaalt dat “*de boeken van de bank het saldo bij uitsluiting bewijzen*” is in beginsel geldig, maar een behoorlijk gemotiveerd beroep op vervalsing van of een kennelijke misslag in die boeken zorgt ervoor dat een beroep op dat beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, waardoor tegenbewijs alsnog zal moeten worden toegelaten of zelfs een rechterlijk vermoeden van onjuistheid van de boeken mogelijk wordt.<sup>210</sup>

Degene aan wie de bewijsovereenkomst wordt tegengeworpen, moet in rechte aannemelijk maken dat het beroep daarop in de gegeven omstandigheden tot bepaalde onredelijke gevolgen zou leiden. Het wordt aan de rechter overgelaten om te bepalen wanneer en onder welke omstandigheden het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn zich op een bewijsovereenkomst te beroepen. Zulks zal afhangen van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het concrete geval.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> B.T.M. VAN DER WIEL, “De Bewijsovereenkomst”, *WPNR* 2002, (221) 228.

<sup>211</sup> A.I.M. VAN MIERLOO, C.J.J.G. VAN NISSEN en M.V. POLAK, *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, 399.

### HOOFDSTUK 3: DE SCHRIFTELIJKE GETUIGENVERKLARING<sup>212</sup>

**96.** *Situering* - In het laatste hoofdstuk beogen we in te gaan op de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring. Waar men voorheen getuigenissen onmiddellijk in verband bracht met de persoonlijke verschijning voor de rechter en het mondeling afleggen van een verklaring, is het sinds de inwerkingtreding van de wet van 16 juli 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek<sup>213</sup> ook mogelijk om een schriftelijke getuigenverklaring als bewijs in rechte aan te wenden.

De invoering van dit nieuwe bewijsmiddel vloeit voort uit het syntheseverslag van de Justitiedialogen<sup>214</sup>, die als doel vooropstelden om het vertrouwen van de burger in justitie te herstellen en past binnen het kader van het vereenvoudigen van de regels van burgerlijke rechtspleging door middel van het afschaffen van enkele nutteloze procedurele vormvereisten.<sup>215</sup> De *ratio legis* van de wetgeving ligt in de bestrijding van de gerechtelijke achterstand en het laag houden van de gerechtskosten.<sup>216</sup>

Onmiddellijk na de reglementering van het getuigenverhoor in afdeling V (art. 915-960 Ger.W.), wordt aan het hoofdstuk ‘Bewijs’ van het gerechtelijk wetboek een nieuwe afdeling Vbis, bestaande uit drie artikelen, toegevoegd met als titel ‘*Overlegging van schriftelijke verklaringen*’. Ten gevolge van deze wettelijke ingreep behoren de schriftelijke verklaringen in de theoretische opdeling van de bewijsmiddelen niet meer tot de restcategorie van de ‘vermoedens’.<sup>217</sup> Voortaan vormen zij samen met het mondelinge getuigenverhoor de categorie van de ‘getuigenissen’.<sup>218</sup>

**97.** *Overgenomen uit Frankrijk* - Een echte revolutie brengt de nieuwe regeling op het eerste zicht niet teweeg. Het zou enkel gaan om de bevestiging van de mogelijkheid om een verklaring, attest of inlichting voor te leggen die tot stand is gekomen buiten het strikte kader van het getuigenverhoor. Dat is een manier van bewijsvoeren die al langer aanvaard werd<sup>219</sup>,

<sup>212</sup> Dit hoofdstuk is grotendeels geïnspireerd op W. VANDENBUSSCHE en W. SYS, “Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volant, scripta manent?”, *T.Fam.* 2013, 30-37.

<sup>213</sup> Wet van 16 juli 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek, met het oog op een vereenvoudiging van de regels van de burgerlijke rechtspleging, *BS* 3 augustus 2012, 45.960 (hierna verkort: ‘de wet van 16 juli 2012’).

<sup>214</sup> F. ERDMAN en G. DE LEVAL, “Justitiedialogen” *syntheseverslag opgemaakt op verzoek van M. Laurette Onkelinx*, Brussel, FOD Justitie, 2004.

<sup>215</sup> W. VANDENBUSSCHE en W. SYS, “Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volant, scripta manent?”, *T.Fam.* 2013, (30) 30.

<sup>216</sup> Wetsvoorstel (C. BROTCORNE) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek, met het oog op het afschaffen van dure en nutteloze procedurele vormvereisten, *Parl. St.* 2011-2012, nr. 53-75, 3.

<sup>217</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 2415, nr. 1790 en A. HOC, “Les attestations écrites dans le Code judiciaire”, *JT* 2013, 277.

<sup>218</sup> D. MOUGENOT, “La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil”, *JT* 2012, afl. 6490, 635, nr. 9.

<sup>219</sup> Bergen (2<sup>e</sup> k.) 17 februari 2004, *JT* 2004, 524; Antwerpen (1<sup>e</sup> k.) 14 februari 2005, *TBBR* 2007, 390; Brussel (3<sup>e</sup> k.) 28 april 2009, *RW* 2010-11, 288; Antwerpen (1<sup>e</sup> bis k.) 16 maart 2009, *P&B* 2010, 74 en Pol. Brugge 24 juni 2008, *RW* 2009-10975. Zie ook B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 335, nr. 427.

maar zonder dat er formele vereisten aan gekoppeld waren.<sup>220</sup> Bovendien is de invoering van de nieuwe onderzoeksmaatregel niets meer dan een *legal transplant* in zijn meest zuivere vorm: het wetgevend kader van de Franse *attestations* (art. 200 tot 203 van de *Code de procédure civile*) werd bijna integraal overgenomen in het Belgische recht.<sup>221</sup> Volgens het syntheseverslag van de Justitiedialogen kennen die *attestations* in het Franse recht evenwel zo'n groot succes dat het gebruik van het mondelinge getuigenverhoor daar bijna zo goed als volledig voorbijgestreefd is.<sup>222</sup> In België zijn er vooral hoge verwachtingen voor bewijs in het familierecht<sup>223</sup>, sociaal recht<sup>224</sup> en contractueel of buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.<sup>225</sup>

## Afdeling 1. De schriftelijke verklaring versus het mondeling verhoor.

**98.** *Voordelen schriftelijke getuigenverklaring* - De grootste voordelen van de schriftelijke getuigenverklaring zijn de beknoptheid, beheersing van gedachte en snelheid die het bewijsmiddel te bieden heeft.<sup>226</sup> Ze bespaart zowel de getuigen als de partijen een verplaatsing naar de rechtbank en neemt heel wat minder tijd van de rechter in beslag. Vooral in zaken waarin men het gevoel heeft dat de getuige niets meer te zeggen heeft dan hetgeen hij op papier zou kunnen neerschrijven, zou de schriftelijke getuigenverklaring van groot nut kunnen zijn.<sup>227</sup> De rechtspleging met betrekking tot het klassieke getuigenverhoor (art. 915 tot 961 Ger.W.) vormt immers een bijzonder zware onderzoeksmaatregel.<sup>228</sup> Vooral in de rechtscolleges die overbelast zijn, zijn soms maanden rechtspleging nodig om getuigen te horen, door middel van verhoren die elkaar zelfs niet noodzakelijk op dezelfde dag opvolgen (rechtstreeks verhoor van getuigen, tegenverhoor, enz.).<sup>229</sup>

**99.** *Voordelen mondeling getuigenverhoor* - Desalniettemin beschouwen veel rechters het mondelinge verhoor nog steeds als een betere garantie voor de oprechtheid en de spontaniteit

<sup>220</sup> X., "Schriftelijke getuigenverklaring niet langer opgesteld naar goeddunken!", [www.claeysengels.be](http://www.claeysengels.be) en X., "Schriftelijke getuigenverklaring niet langer vormvrij", [www.admb.be](http://www.admb.be).

<sup>221</sup> A. WATSON, *Legal Transplants: an approach to comparative law*, Edinburgh, Scottish academic press, 1974, 22-30.

<sup>222</sup> F. ERDMAN en G. DE LEVAL, "Justitiedialogen" *syntheseverslag opgemaakt op verzoek van M. Laurette Onkelinx*, Brussel, FOD Justitie, 2004, 229.

<sup>223</sup> W. VANDENBUSSCHE en W. SYS, "Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volant, scripta manent?", *T.Fam.* 2013, 30-37 en D. PIRE, "La procédure de production d'attestations dans le Code judiciaire", *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 45-59.

<sup>224</sup> K. VAN HERPE en F. HESPEL, "Bewijs door schriftelijke getuigenverklaring geregeld met wettelijke vormvereisten", *SocWeg* 2012, afl. 19, 4-5.

<sup>225</sup> A. HOC, "Les attestations écrites dans le Code judiciaire", *JT* 2013, 278.

<sup>226</sup> F. ERDMAN en G. DE LEVAL, "Justitiedialogen" *syntheseverslag opgemaakt op verzoek van M. Laurette Onkelinx*, Brussel, FOD Justitie, 2004, 229.

<sup>227</sup> H. SOLUS en R. PERROT, *Droit Judiciaire Privé*, III, Paris, Sirey, 1991, 751, nr. 887.

<sup>228</sup> W. VANDENBUSSCHE en W. SYS, "Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volant, scripta manent?", *T.Fam.* 2013, (30) 31, nr. 4.

<sup>229</sup> F. ERDMAN en G. DE LEVAL, "Justitiedialogen" *syntheseverslag opgemaakt op verzoek van M. Laurette Onkelinx*, Brussel, FOD Justitie, 2004, 229.

van getuigenissen.<sup>230</sup> Het klassieke getuigenverhoor zit nog steeds goed ingebed in het Belgische justitieapparaat en in de gebruiken van al zijn actoren. Bovendien kunnen in een schriftelijke getuigenverklaring geen nuances worden aangebracht<sup>231</sup> en heeft de rechter niet de mogelijkheid om aan de getuige een reeks precieze en doelgerichte vragen te stellen.<sup>232</sup>

**100.** *Schriftelijke getuigenverklaring als voortraject* - Met de introductie van de schriftelijke verklaring zou het getuigenverhoor beperkt kunnen worden tot de meest controversiële en delicate zaken<sup>233</sup> en tot de gevallen waarin de rechter van de opsteller van de schriftelijke verklaring bijkomende informatie wenst te verkrijgen (art. 961/3 Ger.W.). In dat laatste geval zou de schriftelijke getuigenverklaring gebruikt kunnen worden als een soort voortraject, waarbij de rechter de mogelijkheid geboden wordt om na te gaan welke getuigen de moeite waard zijn om te worden opgeroepen en op welke punten het verhoor dan betrekking zou moeten hebben.<sup>234</sup> Weliswaar dient opgemerkt te worden dat de opportuniteit van het organiseren van een getuigenverhoor soeverein beoordeeld wordt door de rechter. Hij kan dus rechtmatig van oordeel zijn dat het volstaat dat een derde enkel een schriftelijke verklaring voorlegt.<sup>235</sup>

## Afdeling 2. De toelaatbaarheid

**101.** *Toelaatbaarheid van schriftelijke getuigenverklaring* - De toelaatbaarheid van de schriftelijke getuigenverklaring wordt geregeld door artikel 961/1 Ger.W., dat bepaalt dat “zo het getuigenbewijs toelaatbaar is, de rechter van derden verklaringen in schriftelijke vorm mag aannemen die hem inzicht kunnen verschaffen in de betwiste feiten waarvan zij persoonlijk weet hebben”.

In ieder geval zijn de klassieke materieelrechtelijke toelaatbaarheidsvereisten, waarmee voornamelijk artikel 1341 tot en met 1348 BW worden bedoeld, van toepassing.<sup>236</sup> Verder zijn er voor de schriftelijke getuigenverklaring geen specifieke procesrechtelijke toelaatbaarheidsvoorwaarden opgenomen in de wet van 16 juli 2012.<sup>237</sup> Dat is anders bij het mondelinge getuigenverhoor, waar artikel 915 Ger.W. voorschrijft dat de feiten waarvan men het bewijs wenst te leveren, een bepaald en ter zake dienend karakter moeten vertonen. Als gevolg daarvan heeft de rechter een grote beoordelingsbevoegdheid om de bewijslevering door middel van een getuigenverhoor al dan niet toe te staan.<sup>238</sup> Zolang hij de rechten van

<sup>230</sup> L. CADIET EN E. JEULAND, *Droit Judiciaire Privé*, Paris, LexisNexis, 2011, 458, nr. 609 en H. SOLUS en R. PERROT, *Droit Judiciaire Privé*, III, Paris, Sirey, 1991, 751, nr. 887.

<sup>231</sup> Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 19 januari 2009, *Limb.Rechtsl.* 2009, 129, noot S. RENETTE.

<sup>232</sup> A. HOC, “Les attestations écrites dans le Code judiciaire”, *JT* 2013, 281.

<sup>233</sup> X, “Schriftelijke getuigenverklaring niet langer vormvrij”, [www.admb.be](http://www.admb.be).

<sup>234</sup> D. MOUGENOT, “La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil”, *JT* 2012, 636, nr. 14.

<sup>235</sup> Cass. fr. 2<sup>e</sup> civ. 28 februari 1978, *D.* 1979, IR 509 en Cass. fr. com. 3 november 1983, *Bull.civ.* IV, n<sup>o</sup> 290.

<sup>236</sup> P. DE BAETS, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 2000, 8-15 en L. VERHAEGEN, *Het Getuigenbewijs*, Gent, Mys & Breesch uitgevers, 1999, 8-13.

<sup>237</sup> D. PIRE, “La procédure de production d'attestations dans le Code judiciaire”, *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 53.

verdediging niet miskent, oordeelt de rechter soeverein of een getuigenverhoor dienstig kan worden geleverd.<sup>239</sup>

Gelet op het voorgaande hoeft het geen betoog dat de procesrechtelijke vereisten een niet te onderschatten obstakel vormen voor de bewijslevering via het klassieke getuigenverhoor.<sup>240</sup> Voor een getuigenverhoor zal vaak impliciet een afweging gemaakt moeten worden tussen enerzijds het monetaire belang van de zaak en het te verwachten resultaat van de onderzoeksmaatregel, en anderzijds de steeds oplopende proceskosten en de vertraging van de procesgang.<sup>241</sup>

De rechter mag daarentegen een schriftelijke verklaring aannemen van zodra het bewijs door getuigen materieelrechtelijk toelaatbaar is.<sup>242</sup> Daarnaast kan de rechter zelf ook een partij of een derde bevelen om een verklaring over te leggen.<sup>243</sup> In dat opzicht bepaalt artikel 875bis Ger.W. dat “*de rechter de keuze van de onderzoeksmaatregel dient te beperken tot hetgeen volstaat om het geschil op te lossen, waarbij de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel de voorkeur geniet*”. Aangezien de schriftelijke getuigenverklaring zijn beknoptheid, beheersing van gedachte en snelheid als grote voordelen te bieden heeft (cf. *supra* nr. 98), voldoet dit mechanisme in vele gevallen bij uitstek aan die criteria

**102. Geen getuigenverklaringen van gemeenschappelijke kinderen** - Het verbod om bewijs te leveren door middel van getuigenverhoren van gemeenschappelijke kinderen en kleinkinderen (art. 931, tweede lid Ger.W.) geldt eveneens voor schriftelijke getuigenverklaringen. De wetgever wil immers vermijden dat kinderen de spilfiguur zouden worden in een conflict dat tussen hun ouders (of grootouders) gerezen is.<sup>244</sup> Hoewel dat uitgangspunt reeds vóór de invoering van de wet van 16 juli 2012 werd aangenomen<sup>245</sup>, vereist artikel 961/2, tweede lid Ger.W. nu expliciet dat verklaringen maar kunnen worden opgesteld door personen die aan de voorwaarden voldoen om als getuige gehoord te worden.

**103. Tegensprekelijkheid van de procedure** - De rechter moet er enkel voor zorgen dat de verklaringen die hem rechtstreeks worden toegezonden, aan beide partijen worden bezorgd

<sup>238</sup> Cass. 1 oktober 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 171, *Pas.* 1983, I, 154 en *RW* 1982-83, 2738; Cass. 16 september 1996, *Arr. Cass.* 1996, 754, *Pas.* 1996, I, 808, *JTT* 1996, 501, *RW* 1997-98, 783; Cass. 4 maart 1999, *Arr. Cass.* 1999, 313, *Pas.* 1999, 321 en *P&B* 1999, 332; Cass. 11 mei 2009, *Arr. Cass.* 2009, 1246, concl. J. LECLERCQ, *Pas.* 2009, 1159, concl. J. LECLERCQ, *RW* 2010-11 (samenvatting), 1177.

<sup>239</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 175, nr. 175.

<sup>240</sup> Daarnaast vormen die voorwaarden een rechtsgrond voor talrijke appelberoepen en cassatievoorzieningen, die meestal ingegeven zijn door de enkele bedoeling om de procedure nodeloos te rekken en zo tijd te winnen.

<sup>241</sup> W. VANDENBUSSCHE en W. SYS, “Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volant, scripta manent?”, *T.Fam.* 2013, (30) 32, nr. 6.

<sup>242</sup> Het moet bijvoorbeeld gaan om een bedrag van minder dan 375 EUR (zie art. 1341 BW).

<sup>243</sup> Wat volgens A. HOC de enige en belangrijkste vernieuwing is van de wettelijke ingreep (zie A. HOC, “Les attestations écrites dans le Code judiciaire”, *JT* 2013, 280).

<sup>244</sup> D. PIRE, “La procédure de production d’attestations dans le Code judiciaire”, *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 50.

<sup>245</sup> P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2008, 554, nr. 1598 en P. SENAËVE, “De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting: vereisten, bewijsrecht en rechtspleging” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHOLDEN (eds.), *De beëindiging van de tweerelatie*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 88, nr. 117.

(art. 961/2, eerste lid Ger.W.). In Frankrijk werd deze regel, die is ingegeven door de zorg om het tegensprekelijke karakter van het debat te garanderen en de rechten van verdediging te eerbiedigen<sup>246</sup>, in het verleden strikt toegepast. Het Franse Hof van Cassatie verbrak een arrest waarin de beroepsrechters zich gebaseerd hadden op *attestations* die ze ontvangen hadden na de neerlegging van de conclusies, maar zonder dat ze daarbij uitdrukkelijk melding hadden gemaakt van het feit dat die verklaringen op een correcte manier gecommuniceerd waren aan de andere partij.<sup>247</sup> Desalniettemin besliste het Franse Hof van Cassatie dat een *attestation* waarop de rechter zich baseert, verondersteld wordt aan een tegensprekelijk debat te zijn onderworpen, toch op zijn minst tot op het ogenblik dat het tegenbewijs wordt geleverd.<sup>248</sup>

**104. *Directe versus indirecte getuigenissen*** - Ten slotte bepaalt artikel 961/1 Ger.W. dat derden via een schriftelijke getuigenverklaring de rechter inzicht kunnen verschaffen in betwiste feiten ‘*waarvan zij persoonlijk weet hebben*’. Daarnaast vereist artikel 961/2., derde lid Ger.W dat de schriftelijke verklaring het relaas van de feiten bevat ‘*waarbij de opsteller ervan aanwezig was of die hij zelf heeft vastgesteld*’. SAMYN leidt uit die formulering af dat het opnemen van onrechtstreeks verkregen informatie in een schriftelijke verklaring niet mogelijk is.<sup>249</sup> MOUGENOT daarentegen meent dat een indirecte getuigenis niet kan worden uitgesloten.<sup>250</sup>

Het verschil in formulering tussen de twee bepalingen kan inderdaad aanleiding geven tot discussie. Artikel 961/1 Ger.W. laat de mogelijkheid van een indirecte getuigenis open, maar dat botst in zekere zin met de bewoordingen ‘aanwezig’ of ‘zelf vaststellen’ van artikel 961/2 Ger.W. Aangezien artikel 961/1 Ger.W. de toelaatbaarheid regelt en artikel 961/2 Ger.W. eerder formele vereisten bevat, dient het standpunt verdedigd te worden dat een indirecte getuigenis in een schriftelijke verklaring mogelijk moet zijn.<sup>251</sup>

Daarvoor kunnen er nog een aantal bijkomende argumenten gevonden worden. Ten eerste vermeldt de parlementaire voorbereiding van de wet van 16 juli 2012 niets in de richting van een verbod op indirecte getuigenissen. Daarnaast besliste het Hof van Cassatie reeds in 1980 in het kader van een mondeling getuigenverhoor dat een indirecte getuigenis door geen enkele wetsbepaling noch rechtsbeginsel verboden wordt.<sup>252</sup> Bovendien oordeelt de rechter vrij over

<sup>246</sup> G. COUCHEZ en X. LAGARDE, *Procédure civile*, Paris, Sirey, 2011, 387, nr. 355.

<sup>247</sup> Cass. fr. 3<sup>e</sup> Civ. 16 maart 1976, *Bull. civ. III*, n° 120. Voor een verklaring ondertekend door een getuige de dag vóór de zitting, zie Cass. fr. 2<sup>e</sup> Civ. 21 oktober 1981, *Gaz. Pal* 1982, 1, 21 en *RTD civ.* 1982, 466, noot R. PERROT.

<sup>248</sup> Cass. fr. com. 28 juni 1977, *Bull. Civ. IV*, n° 188.

<sup>249</sup> B. SAMYN, “Schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmaatregel”, *Juristenkrant* 2012, afl. 256, 17.

<sup>250</sup> D. MOUGENOT, “La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil”, *JT* 2012, 635, nr. 10.

<sup>251</sup> W. VANDENBUSSCHE en W. SYS, “Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volant, scripta manent?”, *T.Fam.* 2013, (30) 32, nr. 8.

<sup>252</sup> Cass. 25 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 769, *Pas.* 1980, I, 768, *JTT* 1980, 349, *RW* 1980-81, 384, *TSR* 1980, 352 en D. PIRE, “La procédure de production d’attestations dans le Code judiciaire”, *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 57.

de bewijswaarde die hij hecht aan zo'n getuigenis; uiteraard zal hij zich extra voorzichtig moeten opstellen bij het beoordelen van de aangevoerde feiten.<sup>253</sup>

Een vergelijking met de *attestation* toont aan dat er in het Franse recht geen bepaling bestaat analoog aan 961/1 Ger.W.<sup>254</sup> Artikel 961/2 Ger.W. is daarentegen wel een letterlijke vertaling van de artikelen 200 tot 202 *Code de procédure civile*. Op basis van die bepalingen besliste het Franse Hof van Cassatie evenwel recentelijk dat een schriftelijke getuigenverklaring geweigerd kan worden, wanneer de opsteller zich beperkt heeft tot het neerschrijven van 'enkele geruchten'.<sup>255</sup> Dat is natuurlijk nog een stuk verregaander dan het weergeven van informatie die men verkregen heeft van een concreet persoon die ze heeft waargenomen en vormt dan ook zeker geen helder argument ten voordele van het verbod op indirecte getuigenissen.<sup>256</sup>

Het lijkt er dus op dat de Belgische wetgever in het neerschrijven van artikel 961/1 Ger.W. geen aandacht heeft besteed aan de tegenstrijdige bewoordingen van artikel 961/2 Ger.W., die letterlijk vertaald werden uit het Franse recht. Daarom is het niet onwaarschijnlijk dat naast de rechtsleer, ook de Belgische rechtspraak verdeeldheid zal vertonen op dit punt, zolang het Belgische Hof van Cassatie hierover geen duidelijkheid heeft verschaft. Niets weerhoudt partijen er intussen van om indirecte getuigenverklaringen waarvan zij in het bezit zijn, aan te brengen.<sup>257</sup>

### Afdeling 3. De vormvereisten

**105. Vormvereisten** - Vroeger waren er geen specifieke voorwaarden vastgelegd voor de opmaak van een schriftelijke verklaring.<sup>258</sup> Met de invoering van de wet van 16 juli 2012 is daar nu verandering in gebracht. Naast het relaas van de feiten, bevat de schriftelijke getuigenverklaring in overeenstemming met artikel 961/2 Ger.W. de volledige identificatie van de opsteller<sup>259</sup>, meer informatie over zijn verhouding tot de procespartijen<sup>260</sup>, de datum en de handtekening van de opsteller. Daarnaast moet de opsteller vermelden dat de verklaring is opgesteld voor overlegging aan de rechtbank en dat hij zich bewust is van het feit dat hij zich door een valse verklaring aan straffen blootstelt.<sup>261</sup> Die dubbele vereiste moet vermijden dat

<sup>253</sup> Brussel 3 oktober 1978, *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 64; Luik (1e k.) 27 oktober 1998, *Divorce* 2000, 115; P. DE BAETS, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 2000, 5, nr. 2.

<sup>254</sup> Artikel 961/2 Ger.W. is wel een letterlijke vertaling van de artikelen 200 tot 202 CPC.

<sup>255</sup> Cass. fr. 3 maart 2010, nr. 09-11606, *onuitg.*, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>256</sup> Zie ook A. HOC, "Les attestations écrites dans le Code judiciaire", *JT* 2013, 278-279.

<sup>257</sup> W. VANDENBUSSCHE en W. SYS, "Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volant, scripta manent?", *T.Fam.* 2013, (30) 32-33, nr. 8.

<sup>258</sup> X., "Schriftelijke getuigenverklaring niet langer opgesteld naar goeddunken!", [www.claeysengels.be](http://www.claeysengels.be) en X., "Schriftelijke getuigenverklaring niet langer vormvrij", [www.admb.be](http://www.admb.be).

<sup>259</sup> Naam, de voornamen, de geboortedatum en -plaats en het beroep van de opsteller

<sup>260</sup> Indien nodig: de graad van bloed- of aanverwantschap, of er sprake is van ondergeschiktheid tegenover de partijen, of ze samenwerken dan wel of ze gemeenschappelijke belangen hebben.

<sup>261</sup> Er is discussie aan welke strafrechtelijke bepaling men zich bij een valse verklaring blootstelt. Art. 220 SW over de valse getuigenis in burgerlijke zaken lijkt niet mogelijk, omdat die bepaling vereist dat er sprake is van een valse verklaring onder ede (zie D. MOUGENOT, "La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le



een eenvoudig geschrift (zoals een brief) zonder medeweten van de auteur zou worden voorgelegd aan de rechtbank. De opsteller zou mogelijks het geschrift met meer omzichtigheid hebben omkleed, indien hij geweten zou hebben dat het als bewijs in rechte zou worden aangewend.<sup>262</sup> Ten slotte moet ook een fotokopie van een officieel document dat de identiteit van de opsteller aantoont en waarop zijn handtekening voorkomt, als bijlage worden toegevoegd.

**106.** *Niet voorgeschreven op straffe van nietigheid* - Op het eerste zicht lijken deze zeer strikte vormvereisten de geldigheid van vele getuigenverklaringen in het gedrang te brengen. De parlementaire voorbereiding stelt echter dat deze niet voorgeschreven zijn op straffe van nietigheid.<sup>263</sup> Daarnaast kan de afwezigheid van de nietigheid ook gestaafd worden aan de hand van art. 860 Ger.W., dat bepaalt dat een proceshandeling niet nietig kan worden verklaard tenzij de wet dat uitdrukkelijk voorschrijft.<sup>264</sup>

Het zal dus de rechter zelf zijn die een oordeel velt over de kwaliteit van de verklaring en beslist in welke mate hij er ‘gehoor’ aan wil geven.<sup>265</sup> Wanneer de rechter toch een schriftelijke getuigenverklaring afwijst, doet hij dat niet omwille van de onregelmatigheden *an sich*, maar eerder omdat de verklaring dermate is aangetast, dat het niet langer geoorloofd is om er enige geloofwaardigheid aan te hechten. Uiteraard moet de rechter in zijn motivatie dan wel goed benadrukken waarom de verklaring niet regelmatig is en wat de impact daarvan is op het bewijs van de betwiste feiten.<sup>266</sup>

Toch zijn er na de inwerkingtreding van de wet verschillende pogingen ondernomen om onregelmatige getuigenverklaringen uit de debatten te doen weren. In dat opzicht is het vonnis van de rechtbank van Leuven van 22 mei 2013 het vermelden waard. Naar aanleiding van een tijdschriftartikel waarin men een bekend politicus van seksuele intimidatie beschuldigde en als de ‘DSK van Vlaanderen’ omschreef, had de politicus een aansprakelijkheidsvordering ingesteld tegen de journalist. Om aan zijn aansprakelijkheid te ontkomen, legt de journalist een groot aantal schriftelijke getuigenverklaringen neer die bevestigen dat de politicus zich handtastelijk gedroeg ten aanzien van vrouwen. De politicus meent echter dat geen rekening kon worden gehouden met die verklaringen, aangezien ze niet voldeden aan de vormvereisten van art. 961/2 Ger.W. De rechtbank van eerste aanleg beslist dat het aan de feitenrechter zelf toekomt om te oordelen of een schriftelijke getuigenverklaring die niet aan de vereisten van de wet beantwoordt, al dan niet voldoende waarborgen biedt om in de debatten in overweging

---

Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil”, *JT* 2012, 636, nr. 14 en A. HOC, “Les attestations écrites dans le Code judiciaire”, *JT* 2013, 280).

<sup>262</sup> H. SOLUS en R. PERROT, *Droit Judiciaire Privé*, III, Paris, Sirey, 1991, 754, nr. 892.

<sup>263</sup> Wetsvoorstel (C. BROTCORNE) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek, met het oog op het afschaffen van dure en nutteloze procedurele vormvereisten, *Parl. St.* 2011-12, nr. 53-0075/002, 4.

<sup>264</sup> D. MOUGENOT, “La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil”, *JT* 2012, 635, nr. 12.

<sup>265</sup> D. PIRE, “La procédure de production d’attestations dans le Code judiciaire”, *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 53 en A. HOC, “Les attestations écrites dans le Code judiciaire”, *JT* 2013, 279-280.

<sup>266</sup> D. MOUGENOT, “La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil”, *JT* 2012, 635, nr. 11.

te worden genomen. *In casu* oordeelt de rechtbank dat wel degelijk rekening kon worden houden met de desbetreffende verklaringen.<sup>267</sup>

#### Afdeling 4. De bewijswaarde

**107.** *Bewijswaarde* - Het grootste voordeel van de wettelijke reglementering van de schriftelijke getuigenverklaring zou kunnen liggen op het vlak van de bewijswaarde. Zoals hoger aangegeven (cf. *supra* nr. 65), kan de bewijswaarde (*'la valeur probante'*) omschreven worden als het vertrouwen, het krediet, de ernst of de waarachtigheid die de rechter in eer en geweten kan hechten aan een getuigenis.<sup>268</sup>

In beginsel hebben getuigenissen, net als feitelijke vermoedens, een zogenaamde 'vrije bewijswaarde'. De rechter beoordeelt hun bewijswaarde dus soeverein<sup>269</sup>, wat betekent dat hij afhankelijk van het geval geen of meer geloofwaardigheid aan de ene of andere verklaring kan hechten.<sup>270</sup> Dat beginsel vindt zijn grondslag in de leer van de innerlijke overtuiging.<sup>271</sup> Zolang de rechter de bewijskracht van de aangebrachte bewijs-elementen respecteert, mag hij een feit als bewezen aannemen vanaf het ogenblik dat hij persoonlijk meent te weten dat het om de waarheid gaat.<sup>272</sup>

**108.** *De facto een grote bewijswaarde aan het mondeling getuigenverhoor* - Aangezien zowel de schriftelijke verklaring als het mondelinge getuigenverhoor een vrije bewijswaarde hebben, staan ze juridisch-theoretisch op een gelijke hoogte.<sup>273</sup> De realiteit is echter dat een getuige voorafgaand aan het mondelinge getuigenverhoor uitgenodigd wordt om een eed af te leggen (art. 934 Ger.W.). Het spreekt daarom voor zich dat de rechter in het verleden geneigd was een grotere bewijswaarde te hechten aan de mondelinge procedure.

Nu de schriftelijke getuigenverklaring ook is opgenomen in het gerechtelijk wetboek met alle formele vereisten vanden, zal een schriftelijke verklaring die aan alle voorwaarden voldoet logischerwijze een grotere bewijswaarde toegekend krijgen dan voorheen.<sup>274</sup> *A contrario* zal er aan een schriftelijke getuigenverklaring die niet aan de vereisten voldoet, minder geloofwaardigheid worden gehecht. Die zienswijze wordt bevestigd door het arrest van het

<sup>267</sup> Rb. Leuven 22 mei 2013, nr. 13/3656, *onuitg.* Voor weergave van de feiten en een eerste bespreking, zie E. VERJANS, "Humo mag Van Den Driessche vergelijken met DSK", *Juristenkrant* 2013, afl. 272, 16.

<sup>268</sup> P. DE BAETS, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 2000, 54-55, nr. 127 en B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 335, nr. 427.

<sup>269</sup> Cass. 1 februari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 718 en *Pas.* 1990, I, 643.

<sup>270</sup> P. DE BAETS, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 2000, 55, nr. 128.

<sup>271</sup> S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 184, nr. 275.

<sup>272</sup> B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 463, nr. 161.

<sup>273</sup> D. MOUGENOT, "La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil", *JT* 2012, 635, nr. 9.

<sup>274</sup> In dezelfde zin schrijft PERROT in Frankrijk "*ces formalités sont destinées à faire de l'attestation un véritable substitut du témoignage oral*" (J. HAUSER, "Chronique de Jurisprudence : Personnes et droits de la famille", *RTD civ.* 2005, 109). Zie ook D. PIRE, "La procédure de production d'attestations dans le Code judiciaire", *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 49.

hof van beroep van Brussel van 30 november 2012. Een vrouw probeert te bewijzen dat zij en haar man nog geen jaar feitelijk gescheiden leven, om op die manier een echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk tegen te gaan. In eerste instantie legt ze een mail voor van hun gemeenschappelijke zoon, die echter uit de debatten wordt geweerd op basis van artikel 961/2, lid 2 Ger.W. (cf. *supra* nr. 102). Daarnaast oordeelt het hof ook dat de drie andere schriftelijke getuigenverklaringen niet overtuigend zijn als bewijsstuk, aangezien ze niet voldoen aan de vereisten van artikel 961/2 Ger.W. Het hof van beroep van Brussel stelt zich dus streng op en kent een lagere bewijswaarde toe aan verklaringen die niet voldoen aan de formele vormvereisten.

**109.** *Evolutie naar volledige gelijkstelling* - Of de Belgische rechtspraak zal evolueren naar een volledig gelijkstelling qua bewijswaarde tussen de schriftelijke getuigenverklaring en het mondelinge getuigenverhoor, valt nog af te wachten.<sup>275</sup> Vooral de afwezigheid van de eed bij de schriftelijke getuigenverklaring vormt daarvoor een struikelblok.<sup>276</sup> Toch mag het belang van de eedaflegging niet overschat worden.

Ten eerste zijn getuigen zich bewust dat ze ingevolge artikel 961/3 Ger.W. kunnen worden opgeroepen om dezelfde getuigenis nog eens mondeling te gaan overdoen voor de rechtbank en dat ze dan wel verplicht zullen zijn om een eed af te leggen. Daarnaast is in het Duitse procesrecht de beëdiging van getuigen in burgerlijke zaken als algemene regel zelfs niet verplicht, maar wordt die juist als uitzondering gezien. De *ratio* daarachter is dat het afleggen van de eed en de sanctie op meened intimiderend kan zijn voor een getuige en intimidatie niet de meest geëigende methode is om hem of haar tot een betrouwbare verklaring te brengen.<sup>277</sup> Ten slotte besliste het Franse Hof van Cassatie reeds in 1954 dat de afwezigheid van een eedaflegging niet mag betekenen dat de beweringen in een schriftelijke verklaring *a priori* een lagere bewijswaarde zouden hebben dan het mondelinge verhoor.<sup>278</sup> Sindsdien is het in Frankrijk vooral afhankelijk van de omstandigheden of de rechter zijn oordeel meer laat leiden door een mondeling verhoor, dan wel door een schriftelijke verklaring.<sup>279</sup>

<sup>275</sup> W. VANDENBUSSCHE en W. SYS, “Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volant, scripta manent?”, *T.Fam.* 2013, (30) 34, nr. 13.

<sup>276</sup> B. SAMYN, “Schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmaatregel”, *Juristenkrant* 2012, afl. 256, 17.

<sup>277</sup> W.H.D. ASSER, J.F. NIJBOER en Y.E. SCHUURMANS, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?* in *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, 30.

<sup>278</sup> Cass. fr. Civ. 1 juni 1954, *D.* 1954, 589. Onder andere bevestigd in Cass. fr. Civ. 11 januari 1978, *Bull. civ.* III, n° 130.

<sup>279</sup> H. SOLUS en R. PERROT, *Droit Judiciaire Privé*, III, Paris, Sirey, 1991, 756, nr. 894.

## BESLUIT

Onder de noemer “*wanneer niets is wat het lijkt*”, werden in deze bijdrage drie leerstukken uit het bewijsrecht onder de loep genomen. In het eerste hoofdstuk over het schriftelijk bewijs viel op dat hoewel de bewijsregels sinds 1804 grotendeels ongewijzigd zijn gebleven en behoorlijk archaïsch ‘lijken’, ze via een ruime interpretatie nog steeds dienstig zijn in het hedendaagse rechtsverkeer.

Het tweede hoofdstuk handelde over bewijsovereenkomsten en bewijsclausules, die een aanzienlijke invloed hebben op het verloop van een procedure. In onderlinge overeenstemming kunnen partijen een omkering van de bewijslast overeenkomen, het gebruik van bepaalde bewijsmiddelen toelaten of uitsluiten en zelfs vooraf vaststellen wanneer een rechter moet oordelen dat een bepaald feit voldoende bewezen is. Toch hebben partijen niet de vrijheid om alles overeen te komen wat ze willen. De rechter heeft een belangrijke drieledige controleopdracht op de geoorloofdheid van hun overeenkomsten. Waar STORME in 1962 nog schreef dat zeer dikwijls door bewijsovereenkomsten een evenwicht wordt hersteld, dat ten gevolge van de normale toepassing van de wettelijke bewijslastprincipes verbroken zou zijn geweest<sup>280</sup>, worden bewijsovereenkomsten van het bewijsrecht tegenwoordig eerder gebruikt door bepaalde partijen om hun processuele positie te versterken. In die optiek vormen ze een mooi voorbeeld van een bewijsrecht dat zijn ondersteunende en dienende functie<sup>281</sup> heeft verloren en verworpen is tot een autonoom procesinstrument.<sup>282</sup>

In het derde hoofdstuk werd ingegaan op de wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring. De wet van 16 juli 2012 heeft ervoor gezorgd dat we getuigenissen niet langer onmiddellijk in verband moeten brengen met de persoonlijke verschijning voor de rechter, maar dat er nu ook een wettelijk kader bestaat voor schriftelijke verklaringen. Dit nieuwe bewijsmiddel heeft zeker een aantal troeven (o.a. zijn beknoptheid, beheersing van gedachte en snelheid). Aangezien er nu ook formele vormvereisten bestaan, zal de verklaring naar alle waarschijnlijkheid ook een hogere bewijswaarde genieten. Daarnaast zou de wettelijke implementatie een extra stimulans kunnen betekenen voor advocaten om een beroep te doen op deze onderzoeksmaatregel.

**110.** ASSER, W.H.D., NIJBOER, J.F. en SCHUURMANS, Y.E., *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?* in *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, 160 p.

<sup>280</sup> M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientica, 1962, 75, nr. 69.

<sup>281</sup> J. LAENENS, “Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken” in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 290 en J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 528, nr. 1166.

<sup>282</sup> R. DECORTE, “Voorwoord” van B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 11.

**111.**